Rat, Empfehlung und Auskunft im Geschäftsverkehr.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Guy Dulier
Berlin

Berichterstatter: Professor Dr. Ruth.

1935

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück i. Hann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung:

§ 1. Begriff und Wesen von Rat, Empfehlung und Auskunft und ihre Bedeutung im Geschäftsverkehr 1

§ 2. Die rechtliche Bedeutung von Rat, Empfehlung und Auskunft 2

Erster Teil.

Die vertragsmäßige Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft im Geschäftsverkehr.

Die allgemeinen Voraussetzungen einer vertragsmäßigen Haftung . . . . . , 4

§ 3. Die vertragsmäßige Haftung für die Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft gegen Entgelt 5

I. Die rechtliche Eigenart des Vertrages auf Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft . . 5

II. Die rechtliche Eigenart von Dienst- und Werkvertrag. 5

III. Der Vertrag auf Erteilung einer Empfehlung oder Auskunft als Werkvertrag 7

IV. Gegenstand und Inhalt der vertragsmäßigen Leistung. 7

V. Das Entgelt 8

VI. Die Arten des Entgelts 9

VII. Inhalt und Umfang der Leistungspflicht des Rat- und Auskunftgebers 10

§ 4. Die vertragsmäßige Haftung für unentgeltliche Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft 16

I. Die herrschende Ansicht 16

II. Beim Vorliegen einer Geschäftsverbindung . . . 17

III. Die Notwendigkeit vertraglicher Verpflichtung . . 18

IV. Die Sachkunde als Grundlage vertraglicher Verpflichtung 20

V. Der Umfang der Haftung 23

§ 5. Die vertragsmäßige Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft in Verbindung mit anderen Verträgen 23
I. In Verbindung mit einem Kommissionsvertrag . . 24
II. In Verbindung mit einem Kaufvertrag 25
III. In Verbindung mit Emissions- und Gründungsgeschäften 27
IV. Grundlagen und Umfang der Haftung 27

Zweiter Teil.

Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft bei der Bürgschaft, beim Garantievertrag und beim Kreditauftrag.
I. Bei der Bürgschaft 35
II. Beim Garantievertrag 36
III. Beim Kreditauftrag 36

Dritter Teil.

Rat, Empfehlung und Auskunft als außervertraglicher Haftungsgrund.
I. Die herrschende Lehre 39
II. Die Haftung aus § 823, Abs. I BGB. 40
III. Die Haftung aus § 823, Abs. II BGB. 40
IV. Die Haftung aus § 826 BGB. 40

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Alsberg: Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, Holdheim 1906, S. 321.

Ambrunn: Zivilrechtliche Haftung für Auskunfterteilung, Diss. Heidelberg 1909.

Appelt: Haftung aus Rat und Empfehlung, Diss. Heidelberg 1909.

Barth: Die Haftung des Bankiers für Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, Holdheim 1912, S. 287.

Bendix: Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28 S. 94 und Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 71. Jahrg. 1906 S. 2.

Bleichröder: Die Haftung des Bankiers aus Rat und Empfehlung, 1913.

Brand: Die Haftung des Bankiers für Raterteilung, DJZ. 1912, Sp. 724.

Brückner: Die rechtliche Stellung und Haftverbindlichkeit der kaufmännischen Auskunftbüros, Recht 1903, S. 245 und 273.

Brunke: Das Recht der kaufmännischen Auskunfteien, Diss. Berlin 1906.

Brunswig: Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers, ZHR. 56, 77.

Bünger: Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft, Diss. Jena 1907.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb, Kommentar, 2. Aufl. 1932.

Cohner: Die Krediterkundigung, Diss. Erlangen 1896.

Crome: System Band II 1902.

v. Dassel: Haftung für Auskunft über Angestellte, Recht 1909, S. 733.

Dernburg: Pandekten, II, S. 319, Anm. 8, 6. Aufl. 1900.

Diesel: Wieweit haften die Banken für die von ihnen erteilten Auskünfte, insbesondere Kreditauskünfte? JW. 33, 1815.

Düringer: Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren, DJZ, 05, 374.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 1932.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 12.—14. Aufl.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1903.

Feil: Die Haftung der Banken und Bankiers bei der Auskunfterteilung nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Holdheim 1915, S. 94 ff., S. 114 ff.

Flierl: Die zivilrechtliche Haftung der Presse auf Grund des § 676 BGB. Diss. Leipzig 1908.

Gieschen: Haftung wegen falschen Rates u. s. w. Diss. Münster 1929.

Hagens: Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren, DJZ. 05, 666.

Hecht: Die Haftung für Rat u. s. w. Diss. Straßburg 1912.

Heldrich: Verschulden bei Vertragsschluß, 1924.

Hedemann: Schuldrecht, 1. Aufl. 1921.

Hoeniger: Gemischte Verträge. 1910.

Hückstädt: Die Haftung des Ratgebers nach gemeinem Recht und nach dem Recht des BGB., Diss. Greifswald 1901.

Hueck-Nipperdey: Arbeitsrecht, I. Band. 1931, 3./5. Auflage.

Jacusiel: Auskünfte des Bankiers, Bankarchiv, 14. Jahrg. 1914, S. 221.

Jacoby: Die Haftung der Banken aus Kreditauskünften, JW. 33, 82.

Jacoby: Die Krediterkundigung, Diss. Berlin 1891.

Jeßnitzer: Die Geschäftsverbindung, Diss. Halle 1930.

Josef: Altes und Neues von der Haftpflicht, ZBlFG. 22, S. 173.

Jung: Sittenwidrige Schädigung, Recht 1919 S. 319.

Keifer: Die Haftung der Auskunftbüros, Diss. Erlangen 1914.

Kämpfer: Auskunfterteilung, Diss. Jena 1902.

Königsberger: Die berufliche Auskunfterteilung und die Stellung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden, Diss. Tübingen 1907.

Kosack: Haftung für Rat u. s. w. Diss. Erlangen 1913.

Laband: DJZ. 1903 S. 259.

Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts, 1912, II. Aufl.

Lehmann: Kaufmännische Auskunfteien, Diss. Köln 1904.

Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.

Lindemann-Sörgel: Kommentar zum BGB., 2. Aufl.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, 1908.
Müller-Erzbach: Deutsch. Handelsr. 1928, 2./3. Aufl.
Neukamp: Aufsatz, Holdheim 1905. 1.
Oertmann: Kommentar zum BGB., 5. Aufl. 1929.
Planck: Kommentar zum BGB., 4. Aufl. 1928.
Raiser: Arch. ziv. Pr. Band 127, S. 1.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zum BGB., 6. Aufl. 1927.
Rießer-Rehm: Kommentar zum Börsengesetz, 1909.
Riezler: Der Werkvertrag, 1900.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905.
Sefrin: Die Haftung für Rat und Auskunftserteilung, 1929.
Schmidt: Die Auskunftei, Z. f. g. H. Bd. 70 S. 266.
Schmidt-Rimpler: Der Handlungsagent, im „Handbuch des gesamten Handelsrechts", 5 Bd. 1. Abteil., 1. Hälfte, S. 251. (1928).
„ Das Kommissionsgeschäft, im „Handbuch des gesamten Handelsrechts", 5. Band, 1. Abteil., 1. Hälfte, 2. Lieferung S. 477 ff. (1928).
Scheer: Das Bankgeheimnis, 1931.
Schultheß: Zur Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, Basel 1929.
Sontag: Auskunfterteilung, Holdheim 1903, S. 141.
Staub: Kommentar zum HGB., 14. Aufl. 1932/33.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 9. Aufl. 1929.
Stoll: Haftung f. Vertragsverhandlungen, LZ. 23 S. 532.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil, Bd. II, 1. 1914.
v. Völderndorff: Kreditempfehlung i. Busch Arch Bd. 35 S. 1.
Warneyer: Kommentar zum BGB., 2. Aufl. 1930.
Witkowski: Auskunfterteilung, DJZ. 1909 S. 1488.
v. Witzleben: Auskunfterteilung, Diss. Erlangen 1898.
Wolff: Die Haftung des Ratgebers, Diss. 1899.
v. Zahnen: Die Haftung des Ratgebers, Diss. Freiburg 1899.
v. Ziegler: Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, Holdheim 1912, S. 1 ff.; 29 ff.; 57 ff.

Einleitung.

§ 1. Begriff und Wesen von Rat, Empfehlung und Auskunft und ihre Bedeutung im Geschäftsverkehr.

Jeder — ob Geschäftsmann oder Privatmann — hat schon den Rat oder die Empfehlung eines anderen in Anspruch genommen und Auskunft eingeholt oder erteilt. Zahlreich und mannigfaltig sind die Geschäfte, die auf Anraten, Empfehlung oder nach Auskunft eines Dritten vorgenommen werden.

Begrifflich sind Rat, Empfehlung und Auskunft bestimmt geartete Wissensäußerungen über Personen oder Tatsachen. Ihr Inhalt richtet sich nach dem Gegenstand, über den sie erteilt werden. In ihrer Funktion und Zweckbestimmung unterscheiden sie sich nur insofern, als bei dem Rat und der Empfehlung die Einwirkungsabsicht auf den Beratenen und Empfehlungsempfänger stärker hervortritt als bei der Auskunft.

Wer einem anderen — auf Anfrage oder unaufgefordert — im geschäftlichen Verkehr einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, macht dem anderen Mitteilungen über eine Person oder einen Gegenstand oder Sachverhalt und sucht durch seine wirklichen oder vermeintlichen Kenntnisse in dem anderen das Motiv zu stärken oder zu wecken, nach Maßgabe dieser mitgeteilten Kenntnisse oder wenigstens in Anlehnung an sie zu handeln oder etwas zu unterlassen. Der Ratgeber und Empfehlende will den anderen unterrichten, überzeugen und beeinflussen. Wer daher in einem anderen bloß eine Neigung zu einem bestimmten Geschäft entwickelt, erteilt noch keinen Rat und keine Empfehlung. Rat und Empfehlung sind vielmehr nur und erst anzunehmen, wenn die in ihnen enthaltenen oder mit ihnen verbundenen Wissensäußerungen Bestimmungsgrund für ein konkretes Verhalten des Erklärungsempfängers zu sein geeignet sind. Charakteristisch für Rat und Empfehlung sind demnach, daß der Ratgeber oder Empfehlende durch seinen „Rat" oder durch seine „Empfehlung" den anderen auffordert, etwas in seinem eigenen Interesse freiwillig zu tun oder nicht zu tun. Dabei unterscheiden sich beide Beeinflussungsmittel insofern, als durch die Empfehlung die Vorzüge einer Person oder eines

Gegenstandes mehr oder weniger hervorgehoben werden, auf Grund dessen der andere in seinen Entschließungen beeinflußt werden soll, während beim Rat diese Hervorkehrung der guten Seiten des in Frage stehenden Gegenstandes unterbleibt, sodaß der Unterschied nur ein gradueller ist und weshalb die Empfehlung eine Unterart des Rats darstellt. Die Wissensäußerung kann entweder bloß in der Mitteilung von Tatsachen über Personen oder Gegenstände, einer Sach- oder Rechtslage bestehen, oder auch eine Beurteilung oder Bewertung enthalten z. B. die Kreditfähigkeit eines Kaufmanns, die Ertragsfähigkeit eines Grundstücks, seine Lage und deren Vorteilhaftigkeit in Bezug auf die Entwicklungsmöglichkeiten der Ortsgegend usw. Der Ratgeber und Empfehlende wollen auf den anderen einwirken, um ihn zu einem entsprechenden Handeln oder Unterlassen zu bestimmen, z. B. dem kreditsuchenden Kaufmann die erbetene Zahlungsfrist zu gewähren, das fragliche Grundstück wegen seiner Ertragsfähigkeit oder seiner günstigen Lage zu erwerben usw. Desgleichen ist die Auskunft eine Wissensmitteilung. Der Auskunftnehmer befragt den Auskunftgeber und dieser teilt ihm seine wirklichen oder vermeintlichen Kenntnisse über eine Person oder einen Gegenstand mit. Die Auskunft soll demnach in erster Linie nur unterrichten. Was der Auskunftempfänger mit der Auskunft zu tun beabsichtigt, ob er nur aus Wißbegierde gefragt hat oder ob er die mitgeteilten Tatsachen verwerten will, indem er ihnen entsprechend seine geschäftlichen Entschließungen trifft, ist für das Wesen der Auskunft an sich gleichgültig. Dennoch ist im praktischen Leben — besonders im Geschäftsverkehr — auch die Auskunft im Regelfalle dazu bestimmt, Grundlage für die Willensbildung des Auskunftnehmers zu sein. Wer einem anderen Auskunft erteilt, will zwar den anderen nicht unmittelbar zu einem bestimmten Verhalten veranlassen, muß aber damit rechnen, daß die Auskunft entsprechend ihrem Inhalt verwertet wird, weil die Auskunft nur auf Anfrage erteilt zu werden pflegt, und der Befragte sich sagen muß, daß die gegebenen Tatsachenmitteilungen für den Fragenden und seine Interessen wesentlich sind oder zumindest sein können. Infolgedessen stellt auch die Auskunft einen Beitrag zur Willensbildung eines Dritten dar, sodaß Rat, Empfehlung und Auskunfterteilung nach Begriff und Wesen zusammengehören und sich nur graduell unterscheiden.

§ 2. Die rechtliche Bedeutung von Rat, Empfehlung und Auskunft.

Eine gesetzliche Regelung über die rechtliche Bedeutung von Rat, Empfehlung und Auskunft findet sich nur im § 676 BGB.[1] Nach die-

[1] Der § 95 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 enthält nur eine strafrechtliche Vorschrift für den Fall, daß ein Kommissionär vorsätzlich „unrichtigen Rat oder unrichtige Auskunft" erteilt.

ser Bestimmung begründet die Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft[2] an sich keine Verbindlichkeit. Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß, wer einen Rat, eine Empfehlung oder Auskunft erteilt, dies in der Regel lediglich aus Gefälligkeit und ohne rechtlichen Bindungswillen tue. Der Rat- und Auskunftgeber ist grundsätzlich weder zur Erteilung, noch, wenn er es getan hat, zum Ersatz eines etwaigen Schadens verpflichtet. Nimmt der Beratene den Rat an und richtet er sich nach der gegebenen Auskunft oder Empfehlung, so tut er es auf eigene Gefahr. Eine Haftung für die Zuverlässigkeit des Rates, der Empfehlung oder Auskunft kommt nur in Betracht:

I. wenn eine vertragliche Verpflichtung zur Rat- und Auskunfterteilung[3] vorliegt. Eine solche Verpflichtung kann übernommen sein:

1. durch einen besonderen Beratungs- oder Auskunftsvertrag, wobei aber zu unterscheiden ist, ob

a) gegen Entgelt — oder

b) unentgeltlich.

2. als Sonderleistung in Verbindung mit einem anderen Vertrage, und zwar dergestalt, daß die Beratung, Empfehlung oder Auskunft ohne besondere Vergütung im Hinblick auf den Abschluß eines nachfolgenden bestimmten Geschäfts erteilt werden.

II. wenn der Rat- und Auskunftgeber eine Einstandspflicht für die Zuverlässigkeit des Empfohlenen oder die Güte des empfohlenen Geschäfts besonders übernommen hat durch:

1. Abgabe eines Garantieversprechens,
2. Erteilung eines Kreditauftrages oder
3. übernahme einer Bürgschaft.

III. wenn der Rat- und Auskunftgeber oder Empfehlung Erteilende sich einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat.

---

[2] Die Auskunft wird zwar ausdrücklich nicht erwähnt, es besteht aber Einmütigkeit darüber, daß diese Bestimmung auch die Auskunft mitumfaßt. Vgl. dazu statt aller Hecht a. a. O. S. 14. OLG. Hamburg i. Recht 08 Nr. 54.

[3] Die mehrfache Erwähnung einer Auskunftspflicht z. B. §§ 260, 402, 444, 666,740, 799 BGB. usw. kommt im übrigen für die nachfolgenden Untersuchungen nicht in Betracht.

Erster Teil.

Die vertragsmäßige Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft im Geschäftsverkehr.

Die allgemeinen Voraussetzungen einer vertragsmäßigen Haftung.

Da gemäß § 676 BGB. die Rat- und Auskunfterteilung an sich keine Verpflichtung erzeugt, so kann eine vertragsmäßige Haftung nur in Betracht kommen, wenn eine besondere Verpflichtung zur Beratung oder Erteilung einer Empfehlung und einer Auskunft vorliegt. Ein besonderes dahingehendes Vertragsverhältnis ist anzunehmen, wenn ausdrücklich oder stillschweigend ein Entgelt für den Rat, die Empfehlung oder Auskunft in Aussicht genommen war. Von besonderer Bedeutung sind die Fälle, in denen Rat oder Empfehlungen kraft Gewerbes oder von Berufswegen gegen Vergütung erteilt zu werden pflegen, z. B. die Ratschläge des Arztes, des Rechtsanwalts und Patentanwalts, die Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns durch ein Auskunftsbüro. Solche Verträge können auch stillschweigend geschlossen werden. So hat insbesondere das Reichsgericht[4] mit Recht ausgesprochen, daß jemand, zu dessen Beruf es gehört, anderen beratend zur Seite zu stehen. und der einem anderen, von dem er weiß, daß er in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, Auskunft über diesen Punkt gibt, hierdurch mit dem anderen in ein Vertragsverhältnis tritt.

Hiernach ergibt sich eine Fülle von Möglichkeiten, auf Grund deren eine vertragliche Haftung für die Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft auch dann anzunehmen ist, wenn auf einen Vertragsschluß gerichtete ausdrückliche Abmachungen fehlen. Entscheidend in diesen Fällen sind die Umstände und Beziehungen der Beteiligten, denen zufolge der Rat, die Empfehlung oder Auskunft erteilt worden sind. Eine besondere Rolle spielen im praktischen Leben die Beratungen und Empfehlungen vor und zum Abschluß eines Erwerbsgeschäftes, so z. B. wenn der Bankier über die Sicherheit anzukaufender Effekten zu Rate gezogen wird.

Das Gesetz hat durch den Zusatz „unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden

[4] RG. Bd. 52, 365.

Verantwortlichkeit" alles in die Bahn der Auslegung verschoben. Denn obgleich hiernach nur gehaftet werden soll, wenn Rat, Empfehlung oder Auskunft sich als Gegenstand eines Vertragsverhältnisses darstellen oder wenn der Ratgeber usw. sich einer unerlaubten Handlung dem Empfänger gegenüber schuldig gemacht hat, so erhebt sich doch die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine vertragliche Verbindlichkeit als eingegangen anzunehmen ist, vor allem ob und inwieweit gehaftet wird, wenn die Raterteilung oder Auskunft nur beiläufig innerhalb einer geschäftlichen Verbindung erfolgt ist[5].

§ 3. Die vertragsmäßige Haftung für die Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft gegen Entgelt.

I. Wird die Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft gegen Vergütung übernommen oder gewährt, so erhebt sich zunächst die Frage nach der rechtlichen Eigenart einer solchen Vereinbarung. Die Ansichten darüber gehen auseinander. Die herrschende Meinung betrachtet die entgeltliche Rat- und Auskunfterteilung als Werkvertrag[6], einige dagegen als Dienstvertrag[7] oder als Werk- und Dienstvertrag[8]. Nach der Meinung des Reichsgerichts ist der entgeltliche Vertrag auf Erteilung eines Rats oder einer Auskunft je nach der Sachlage Dienst- oder Werkvertrag, und zwar Werkvertrag, wenn es sich um eine einzelne bestimmte Rat- oder Auskunfterteilung handelt, und Dienstvertrag, wenn der Auskunftgeber allgemein als Berater eines Dritten bestellt und seine Tätigkeit als Berater Gegenstand des Vertrages ist[9]. Der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Partei wird regelmäßig als Dienstvertrag und nur dann als Werkvertrag angesehen, wenn er einen herbeizuführenden Erfolg, z. B. die Anfertigung eines Rechtsgutachtens, zum Gegenstand hat[10]. Desgleichen soll nach der Ansicht des Reichsgerichts der Vertrag auf Raterteilung gegen Entgelt zwischen Bankier und Kunden als Dienstvertrag zu behandeln sein[11].

II. Zu der Frage, ob eine Verpflichtung auf entgeltliche Erteilung eines Rats, einer Empfehlung oder Auskunft als Dienst- oder Werk-

---

[5] Vergl. RG. Bd. 27 S. 118 ff. u. Jeßnitzer a. a. O. S. 27.

[6] So: Lindemann-Sörgel, § 676. Staub, Anhang zu § 349 HGB. Anm. 13. Crome, S. 678. Sontag S. 144. Hecht, S. 27.

[7] Dienstvertrag nehmen an, wenn die Anfrage auf Ermittlung einer Einzeltatsache geht, Bünger S. 20, Reichsgericht i. Bd. 115 S. 123, Cosack, S. 22, Riezler S. 88, Enneccerus, II, S. 477.

[8] So: Düringer-Hachenburg: zu § 347. Goldmann-Lilienthal zu § 656. Brunswig S. 89. Planck zu § 676. v. Ziegler S. 32. Schmitt S. 348. Königsberger S. 65. Gieschen S. 13 ff.

[9] Vgl. JW. 1905 S. 502/35.

[10] Vgl. RGZ. Bd. 80, S. 223. JW. 1914 S. 642/4. Warneyer 1918 Nr. 75.

[11] Vgl. JW. 1910 S. 184/8.

vertrag aufzufassen ist, ist zunächst das Verhältnis dieser beiden Vertragsarten zueinander zu prüfen.

1. Durch den Dienstvertrag verspricht der eine Teil Dienste, d. h. eine Arbeitsleistung irgendwelcher Art, und der andere Teil eine Vergütung irgendwelcher Art. (§ 611 BGB.). Den Gegenstand der Verpflichtung bildet demnach die Tätigkeit oder Arbeit des Verpflichteten selbst, nicht deren Erfolg.

2. Anders der Werkvertrag. Durch ihn verpflichtet sich der eine Teil zur Herstellung eines Werkes und der andere Teil zur Entrichtung einer Vergütung. (§ 631 BGB.). Unter Werk im Sinne des Werkvertrages ist jeder Erfolg zu verstehen, der durch irgendwelche Tätigkeit oder Arbeit herzustellen ist. Das „Werk" kann demnach materieller oder immaterieller Art sein. Es kann in einem körperlichen Gegenstand bestehen, sich aber auch als ein Tätigkeitserfolg anderer Art, vor allem auch als solcher geistiger Art, erweisen. Zur Annahme eines Werkvertrages genügt infolgedessen nicht, daß eine Tätigkeit in der Richtung eines Erfolges versprochen wird, — das würde fast bei jedem Versprechen einer Tätigkeit zutreffen, sodaß der Dienstvertrag nahezu verschwinden würde, — es muß vielmehr der Erfolg selbst versprochen sein. Welcher Erfolg aber gemeint ist, ob nur das unmittelbar durch die Tätigkeit herbeizuführende oder ein damit verknüpftes weiteres Ergebnis, das hängt von dem Inhalt des Vertrages und dessen Auslegung ab.

3. Hiernach unterscheiden sich beide Vertragstypen dadurch, daß beim Dienstvertrag die Arbeit selber, beim Werkvertrag dagegen das Ergebnis, der Erfolg der Arbeit versprochen wird. Inwieweit das eine oder andere zutrifft, kann selbstverständlich nur unter Würdigung alle Verhältnisse des Einzelfalles bestimmt werden. Gerade hier verwischen sich leicht die Grenzen, und zwar nicht allein wegen Unklarheiten in bezug auf die Parteiabsicht, sondern auch weil nicht selten die gleiche Tätigkeit sich sowohl im Rahmen eines Dienst- wie eines Werkvertrages äußern kann und weil sich beide Vertragsarten häufig in der Anwendung verbinden. Kein begriffliches Unterscheidungsmerkmal vom Dienst- und Werkvertrag bildet, wie allerdings verschiedentlich hervorgehoben wird [12], die Art der Entlohnung. Denn obgleich beim Dienstvertrag der Zeitlohn üblicher als der Stücklohn ist, so kann aber auch beim Dienstvertrag Stücklohn und beim Werkvertrag eine Vergütung nach der aufgewandten Zeit vorkommen. So z. B. geht der Rechtsanwalt, der ein Gutachten verspricht, einen Werkvertrag ein, auch wenn die Vergütung nach den aufgewendeten Arbeitsstunden oder -tagen bemessen ist [13] [14].

---

[12] Vor allem Lotmar: Bd. I. S. 328 ff. u. Bd. II. S. 7 ff. 824 ff.

[13] Die weiteren Kontroversen in der begrifflichen Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag können hier außer Betracht bleiben. Vgl. dazu

III. Der selbständige Vertrag auf Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft ist stets Werkvertrag. Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, will durch sein Wissen, seine Sachkenntnis über irgendetwas — Person oder Gegenstand — unterrichten, überzeugen, beeinflussen. Er muß sich also zunächst selbst ein Urteil gebildet haben, bevor er überhaupt beraten oder empfehlen kann. Und dieses Urteil, dieses Wissen und die Mitteilung dieser bestimmten Vorstellung und Anschauung über irgend etwas sind es, was der Ratsuchende hören will, um sich danach gegebenenfalls in seinen geschäftlichen Maßnahmen richten zu können. Andererseits will aber auch der Ratgeber und Empfehlende gerade durch seine wirkliche oder angebliche Sachkenntnis, durch sein fachmännisch zu bewertendes Urteil usw. auf den Fragenden und Ratsuchenden einwirken, um ihn zu dem fraglichen Geschäft zu bewegen oder davon abzuhalten. Das kann — rechtlich betrachtet — aber nur bedeuten, daß der Erteiler eines Rates oder einer Empfehlung einen bestimmten Erfolg herbeizuführen hat. Es ist nicht entscheidend, wie der Ratgeber zu seinem Urteil gekommen ist, nicht die Arbeit als solche, sondern allein das Resultat, — nämlich der Rat, die Empfehlung, d. h. also das darin liegende Urteil.

Das gleiche gilt von der Auskunft. Wer einem anderen Auskunft erteilt, will ihn unterrichten. Wie eingangs Seite 2 schon erwähnt, wird eine Auskunft in der Regel der Fälle nicht um ihrer selbst willen eingeholt. Der Auskunftnehmer will sich möglicherweise auf Grund der Auskunft darüber schlüssig werden, ob er irgendein Geschäft eingeht oder nicht, und um sicher zu gehen, holt er die Auskunft ein. Es ist nicht die Ermittlungstätigkeit als solche, sondern das Ergebnis der Erkundigungen, was der Auskunftnehmer von dem Auskunftgeber verlangt.

IV. Ein Vertrag zur Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft ist stets als Werkvertrag aufzufassen, weil mit dem Rat, der Empfehlung oder Auskunft ein auf sorgfältiger Prüfung und gewissenhafter Erwägung beruhendes Ergebnis versprochen wird. Brunswig[15] will einen Werkvertrag allerdings nur dann annehmen, wenn objektiv richtiger Rat versprochen ist. Allein unter Ergebnis oder Erfolg im Sinne des Werkvertrages ist nicht nur der günstige Erfolg zu verstehen, sondern lediglich das durch eine Tätigkeit unmittelbar herbeigeführte Ergebnis.

Ist hiernach bei einer Vereinbarung auf Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft gegen Entgelt grundsätzlich Werk-

u. a. Riezler, S. 44, Rümelin, S. 16 u. 165, Kaiser, S. 11, Königsberger, S. 63.

[14] Wie im Text: Enneccerus S. 419, Krückmann, Institt. S. 199, Hedemann, S. 178.

[15] a. a. O. S. 87 ff.

vertrag anzunehmen, so kann immerhin ausnahmsweise auch einmal ein Dienstvertrag vorliegen; nämlich dann, wenn lediglich die Bemühung, d. h. die Erkundigung des Empfehlenswerten und Mitteilung des Erkundeten versprochen wird. In solchen Fällen liegt ein Rat- und Auskunftsvertrag im eigentlichen Sinne aber überhaupt nicht vor. Denn in solchen Fällen ist Gegenstand des Vertrages nicht der „Rat", die „Empfehlung" oder „Auskunft", sondern die beratende oder ermittelnde Tätigkeit, d. h. also nicht der Rat, sondern die Beratung als geistige Arbeit, und nicht die Auskunft, sondern die Erkundigungsarbeit. Es sind Dienstleistungen, die ein solcher „Rat- und Auskunftgeber" schuldet, nicht aber den Rat, die Empfehlung und Auskunft als Ergebnisse [16] [17].

V. Eingangs wurde bemerkt, daß ein selbständiger Vertrag auf Rat- und Auskunfterteilung ohne weiteres anzunehmen ist, wenn für den Rat, die Empfehlung oder Auskunft ein Entgelt gewährt wird. Entgelt i. S. der §§ 611/612, 631/632 BGB. ist nicht bloß eine Vergütung in Geld, sondern eine Gegenleistung irgendwelcher Art. Bindende Vorschriften über die Art der Vergütung gibt es weder für den Dienst- noch für den Werkvertrag. Das Entgelt kann daher auch in der Lieferung einer Ware oder in Gegendiensten bestehen [18]. Von einem Vertrage gegen Entgelt kann daher keine Rede sein, wenn nur die Auslagen ersetzt werden [19] [20]. Ist über die Höhe der Vergü-

---

[16] Vgl. Brückner a. a. O. S. 246.

[17] Nach Hedemann S. 202 soll in der Raterteilung und Auskunft eine Geschäftsbesorgung liegen. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Die Geschäftsbesorgung i. S. des § 675 BGB. ist eine Tätigkeit rein wirtschaftlicher Art (vgl. Reichsgericht i. Bd. 97, S. 65 und RG. Kommentar II. zu § 662). Rat, Empfehlung und Auskunft dienen vielfach zur Vorbereitung, nicht aber zur Besorgung eines Geschäfts. Ebenso Hecht S. 31, und das Reichsgericht i. J. W. 1910 S. 808. A. A. Kosack S. 16 ff.

[18] In solchen Fällen kann für die Gegenleistung möglicherweise das Recht eines anderen Vertrags entsprechend anwendbar sein (vgl. Höniger, a. a. O. S. 72 ff.). Daß die Vergütung auch in Gegenleistung eines Rats, einer Auskunft oder Empfehlung bestehen kann, ist anzunehmen, sofern die ganze Angelegenheit nicht als eine bloße wechselseitige Gefälligkeit anzusehen ist, die gegenteilige Raterteilung vielmehr als Gegenleistung ausdrücklich vereinbart worden ist oder sich aus den Beziehungen der Kontrahenten entnehmen läßt.

[19] Ebenso Bünger, a. a. O. S. 19. Brunswig, a. a. O. S. 82. Gieschen, a. a. O. S. 13.

[20] Zweifelhaft kann sein, ob bei den Vereinen für Kreditreform die Aufnahmegebühr und der Jahresbeitrag als Entgelt für die erteilten Auskünfte anzusehen sind. Das ist u. E. aber zu verneinen, weil diese Zahlungen Voraussetzung der Mitgliedschaft sind, nicht aber als Gegenleistung der Auskünfte zu gelten haben. Der Anspruch auf Erteilung von Auskünften ergibt sich vielmehr aus der Mitgliedschaft zu dem Verein, die sich aus Rechten und

tung nichts vereinbart, und sind der Rat, die Empfehlung oder Auskunft unter Umständen erteilt, die auf einen selbständigen Vertrag schließen lassen, wie z. B. bei Auskunfteien und dergl., so ist im Zweifel, wenn eine Taxe besteht, die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die am Leistungsort übliche Vergütung als maßgeblich zu betrachten (§ 632 BGB.). Besteht weder eine Taxe oder Ortssitte oder lassen diese einen freien Spielraum, so hat der Vergütungsberechtigte das Entgelt nach billigem Ermessen zu bestimmen (§§ 316, 315 BGB.).

VI. Für die Frage, ob überhaupt ein selbständiger Vertrag gegen Entgelt vorliegt, ist, sofern ausdrückliche Vereinbarungen fehlen, entscheidend, daß nach objektiver Sachlage die Erteilung des Rats, der Empfehlung oder Auskunft nur gegen Vergütung zu erwarten ist. Ausschlaggebend für die Rechtsfindung sind die Verkehrssitte und die persönliche, insbesondere gewerbliche oder berufliche Stellung des Beraters oder Auskunftgebers sowie seine Beziehungen zu dem Beratenen und Auskunftnehmer. Ist z. B. die Auskunft von einer Auskunftei erteilt, macht der Ratgeber aus der Erteilung von Ratschlägen ein Gewerbe oder gründet er darauf seinen Beruf, so kann niemand berechtigterweise erwarten, daß der Rat, die Empfehlung oder Auskunft unentgeltlich geleistet werden, es sei denn, daß besondere Gründe für die Unentgeltlichkeit vorliegen. Ein selbständiger Vertrag liegt mithin vor, wenn jemand einen Rat, eine Empfehlung oder Auskunft von einem Arzt, Anwalt, Bausachverständigen, einer Auskunftei und dergl. m. einholt. Dasselbe gilt aber auch für einen Privatmann, wenn er einen Rat, eine Empfehlung oder Auskunft gegen Bezahlung gegeben hat. Durch die Hingabe des Entgelts oder seine Vereinbarung bringen die Beteiligten zum Ausdruck, daß es sich nicht mehr um eine bloße, wenn auch vielleicht wechselseitige Gefälligkeit handelt. Ein solcher Vertrag kann auch ein Dauerverhältnis darstellen, nach Art der Sukzessivlieferungsverträge. So z. B. ist der Auskunftsvertrag, wie er mit Auskunfteien geschlossen wird, vielfach nicht nur auf die Erteilung einer einzelnen Auskunft gerichtet, sondern eine Abonnementsvertrag, der die Auskunfteien zu fortlaufenden Auskünften auf Nachfrage verpflichtet. Ein solcher Abonnementsvertrag ist als ein einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen [21].

Pflichten zusammensetzt. Die Verpflichtung zur Leistung des Jahresbeitrags und andererseits der Anspruch auf Erteilung der Auskünfte stehen nicht in Wechselbeziehung, sondern werden unabhängig voneinander in Entstehung und Umfang durch das Mitgliedschaftsverhältnis bestimmt. A. A. Schmitt, a. a. O. S. 283. Zustimmend Gieschen, a. a. O. S. 13.

[21] Ebenso Königsberger, a. a. O. S. 57 und Gieschen, a. a. O. S. 14. A. A. Lehmann, a. a. O S. 34.

VII. Liegt ein selbständiger Vertrag auf Erteilung eines Rates oder einer Auskunft gegen Entgelt vor, so bestimmt sich die Leistungspflicht des Rat- und Auskunftgebers nach § 631 ff. BGB. Hiernach hat er den Rat oder die Auskunft nach sorgfältiger Prüfung und gewissenhafter Erwägung der Unterlagen frei von solchen Fehlern zu erteilen, durch die ihr Wert und ihre praktische Verwendbarkeit als Informationsmittel aufgehoben oder gemindert werden (§ 633 BGB.). Sind der Rat, die Empfehlung oder Auskunft unrichtig oder leiden sie an einem sonstigen Mangel, wie z. B. Unvollständigkeit, den der Rat- und Auskunftgeber zu vertreten hat, so kann der Empfänger Schadensersatz verlangen, wenn ihm durch die unrichtige oder mangelhafte Rat- und Auskunfterteilung ein Schaden entstanden ist, — und zwar sowohl wegen Nichterfüllung gemäß §§ 635, 276 BGB. als auch darüber hinaus allein nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen aus § 276 BGB. Die dem Besteller eines Werkes gemäß § 634 zustehenden Rechte auf Beseitigung der Fehler sowie gegebenenfalls auf Wandelung oder Minderung werden für den Beratenen und Auskunftnehmer meist keinen praktischen Wert haben [22], weil das Werk, d. h. der Rat oder die Auskunft meist schon benutzt worden ist, bevor die Mangelhaftigkeit bekannt war [23].

Dasselbe gilt letzten Endes aber auch von dem Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB., weil seine Geltendmachung ein unmittelbares Anhaften des Schadens am Werke voraussetzt, während der hier meist in Frage kommende Schaden aber gerade dadurch entstanden ist, daß man die in dem Rat oder der Auskunft gemachten Mitteilungen ohne Wissen ihrer Mangelhaftigkeit zur Grundlage seiner Maßnahmen gemacht hat, wodurch der Schaden erst eingetreten ist. Hiernach kommt für eine vertragsmäßige Ersatzpflicht wegen unrichtiger oder mangelhafter Rat- und Auskunfterteilung also nur der im § 276 BGB. enthaltene Haftungsgrundsatz [24] in Betracht. Gemäß

---

[22] Es ist überhaupt fraglich, ob die §§ 633, 634 BGB. auf immaterielle Werke anzuwenden sind. Rümelin, a. a. O. S. 203 ff. verweist unter Versagung formeller Gleichstellung auf Schadensersatz.

[23] Vgl. RG. i. JW. 27 S. 668, im Resultat übereinstimmend auch Staub, a. a. O. Exkurs zu § 349 Note 14.

[24] In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß ein allgemeiner Rechtssatz besteht, demzufolge der Schuldner durch schuldhafte Verletzung einer ihm obliegenden Verpflichtung dem Gläubiger und zwar ohne weiteres zum Schadensersatz verpflichtet wird. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß dieser Rechtssatz sich unmittelbar aus § 276 BGB. ergibt. Es erblickt im § 276 nicht die Aufstellung einer Regel bloß darüber, welche Umstände dem Schuldner, sofern ihm durch anderweitige gesetzliche Vorschriften eine Haftung irgendwelcher Art auferlegt ist, zuzurechnen sind, sondern den Anspruch einer Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz für vorsätzlich oder fahrlässig begangene Vertragsverletzungen (RG. 106,

§ 276 BGB. hat der Schuldner, unbeschadet der sich aus dem konkreten Vertrage ergebenden Haftung, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten und ist zum Ersatz des sich daraus ergebenden Schadens verpflichtet. Handelt es sich um einen sogen. Abonnementsvertrag, wie oben dargelegt, und werden wiederholt unrichtige Auskünfte erteilt, so wird positive Vertragsverletzung vorliegen und der Auskunftnehmer ist zur sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses berechtigt [24a].

1. Ist der Erteiler des Rats, der Empfehlung oder Auskunft Kaufmann, so ist auch § 347 HGB. zu berücksichtigen. Hierzu mag noch hervorgehoben werden, daß Rat, Empfehlung und Auskunft natürlich auch Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein können (§ 343 HGB.). Ist der Inhaber eines Gewerbes nach Maßgabe des § 2 HGB. Kaufmann geworden, so sind die zu seinem Betriebe gehörigen Geschäfte Handelsgeschäfte und die von ihm erteilten Ratschläge und Auskünfte fallen unter die Vermutung des § 344, I HGB. Schließlich sind aber auch die von jedem anderen Kaufmann gewährten Rat- und Auskunfterteilungen Handelsgeschäfte auf Grund des § 343 HGB., wenn sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, und nach der Vermutung von § 344 HGB. fallen sie ohne weiteres darunter [25].

2. Nach Maßgabe dieser allgemeinen Haftungsgrundsätze im § 276 BGB. ist der Ratgeber zur sorgfältigen Überlegung bei der Erteilung seiner Ratschläge und Empfehlungen verpflichtet. Er hat die Unterlagen gewissenhaft zu prüfen, auf die er seine Mitteilungen stützt. Dabei hat er die Sorgfalt anzuwenden, die man nach der Lage des Falls von ihm erwarten darf. Allgemeine Grundsätze lassen sich jedoch ebensowenig wie bei anderen Geschäften aufstellen. In Betracht zu ziehen sind die besonderen Umstände, die Handels- oder Verkehrssitte und die Personen der Beteiligten; ferner sind der Gegenstand, um den es sich bei dem Rat oder der Empfehlung handelt, die Höhe der Vergütung und schließlich auch die Beziehungen zu berücksichtigen, die zwischen den Beteiligten bestehen und auf Grund deren

---

25; 114, 289; JW. 1926, 796). Wie das RG. so auch Staub, a. a. O. Anm. 11 zu § 347 und Anm. 100 zu § 377 und Staudinger, a. a. O. Anm. 1 zu § 276. Die in der Rechtslehre vorherrschende Meinung lehnt diese Erweiterung des § 276 BGB. zu einem allgemeinen Haftungsgrundsatz ab, weil § 276 nur die Umstände anführe, die der Schuldner zu vertreten habe, nicht aber bestimme, daß der Schuldner stets, wenn Vorsatz und Fahrlässigkeit vorliege, Schadensersatz zu leisten habe. Sie folgert aber aus der entsprechenden Anwendung der §§ 280, 286 BGB., daß der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung der Forderung schadensersatzpflichtig sei. Enneccerus, a. a. O. (Schuldrecht) S. 158; Schöller i. Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 26 ff.; Krückmann, D. J. Z. 05, S. 205 und JW. 1920 S. 136.

[24a] Ebenso Staub, a. a. O. Exkurs zu § 349 Note 23 ff.

[25] Staub, a. a. O. Exkurs zu § 349 Anm. 4.

der Empfänger dem Ratgeber womöglich ein besonderes Vertrauen entgegengebracht hat[26]. Dasselbe gilt für die Auskunft. Auch der Auskunftgeber muß prüfen, woher ihm die Tatsachen bekannt sind und worauf ihre Zuverlässigkeit beruht, damit die Auskunft für zutreffend gehalten und im Rahmen der vertraglichen Beziehungen verwertet werden kann. Das Berufen auf vertrauenswürdige und angesehene Leute allein genügt noch nicht, besonders nicht, wenn diese die Auskunft selbst unverbindlich gegeben haben[27]. Auch das Verschweigen irgendwelcher erheblichen Umstände oder Tatsachen kann als eine Verletzung der Sorgfaltspflicht angesehen werden[28].

Ein erhöhtes Maß von Sorgfaltspflicht ist zu erwarten, wenn es sich um Rat für eine sichere Kapitalsanlage handelt. Bestimmte Regeln dafür, was als sichere Kapitalsanlage anzusehen ist, lassen sich nicht aufstellen. Wer eine sichere Kapitalsanlage für sein Geld sucht, will im Unterschied zum Spekulationsgeschäft, das auf möglichst baldige und gewinnbringende Wiederveräußerung des Wertpapiers gerichtet ist, zunächst vor allem eine regelmäßige Verzinsung seines Kapitals erreichen, weshalb vorzüglich fest verzinsliche Werte gesucht werden. Allein dieses Kriterium kommt auch einer Reihe von Aktien, namentlich Hypothekenbankaktien und auch anderen Industriepapieren zu. Der Ratgeber wird in solchen Fällen eine ganz besondere Sorgfalt anzuwenden haben und ein Industriepapier nur dann als sichere Kapitalsanlage bezeichnen können, wenn das in Frage stehende Unternehmen sich durch Gleichmäßigkeit seiner Dividendenausschüttungen, auch in Zeiten des Konjunkturrückgangs, auszeichnet und deshalb nach allgemeiner Voraussicht auch für die Zukunft eine Gewähr für die Sicherheit des Kapitals bietet; dabei hat er aber auf die allgemeinen Gefahren, die mit dem Erwerb von Industriepapieren allgemein verbunden sind, hinzuweisen.

Handelt es sich um den Rat oder die Empfehlung eines Spekulationsgeschäftes, so muß sich der Ratsuchende das Risiko vor Augen halten und kann einen Fehlschlag nicht auf den Ratgeber abwälzen, wenigstens nicht ohne weiteres. Indes darf der Ratgeber, in der Regel wird es ein Bankier sein, nicht diejenige Sorgfalt außer acht lassen, zu der ein ordentlicher Kaufmann an sich schon verpflichtet ist und die der Handelsverkehr in diesem Zweige besonders erfordert. Er muß, wenn er um Rat in einem bestimmten Spekulationsgeschäft angegangen wird, den Fragenden auf die Gefahren hinweisen, die mit einem solchen verbunden sind, und ihn darüber aufklären, zumal wenn

---

[26] Vgl. die einzelnen Fälle bei Staub, a. a. O. Exkurs zu § 349 Note 15 und Lindemann-Sörgel, a. a. O. zu § 676 Note 2.

[27] Brückner, a. a. O. S. 248.

[28] JW. 08, 241. L. Z. 1909, S. 487.

das beabsichtigte Geschäft erkennbar in offenbarem Mißverhältnis zu der Kapitalkraft des Spekulationslustigen steht [29].

3. Vielfach werden Rat, Empfehlung oder Auskunft nicht von dem Geschäftsinhaber selbst oder bei juristischen Personen von den verfassungsmäßigen Vertretern, sondern von Angestellten erteilt. In solchen Fällen wird gemäß § 278 BGB. gehaftet, wenn der Angestellte Erfüllungsgehilfe war. Dabei ist es gleichgültig, ob der Erfüllungsgehilfe Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder bloß Handlungsgehilfe ist [30]. Ob der Angestellte als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist, richtet sich nach der Lage des Falls und den obwaltenden Umständen. Hatte er Auftrag, so ist die Haftung aus § 278 BGB. ohne weiteres zu bejahen, im übrigen entscheiden die jeweiligen Verhältnisse. So z. B. haftet ein Rechtsanwalt für mangelhafte Rechtsauskünfte seines Bürovorstehers oder eines sonstigen Angestellten nur, wenn er dazu den Auftrag gegeben hat oder die Raterteilung mit seiner Kenntnis und Genehmigung erfolgt ist [31].

4. Haben der Ratgeber, Empfehlende oder Erteiler einer Auskunft die Unrichtigkeit des Rats, der Empfehlung oder Auskunft zu vertreten, so haften sie gemäß §§ 276, 278 BGB. für den Schaden, den der Empfänger durch die Mangelhaftigkeit der Rat- und Auskunfterteilung oder Empfehlung erlitten hat. Die Schadensersatzpflicht entsteht aber nur, wenn und insoweit ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Rat, Empfehlung oder Auskunft als Haftungsgrund und eingetretenem Schaden besteht. Als ursächlich für einen Schaden ist grundsätzlich jede Bedingung anzusehen, die geeignet war, den Eintritt des Schadens zu ermöglichen. Die Bedingung muß aber nach der allgemeinen Lebenserfahrung und nicht nur nach den besonders ge-

---

[29] Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 676, sowie Warneyer 1915 Nr. 16 und 1916 Nr. 277.

[30] Die Prokuristen ermächtigt das Gesetz zu allen Arten von Geschäften, die der Betrieb mit sich bringt; deshalb liegt in der Anstellung eines Prokuristen auch die Bestellung desselben zur Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft.

Dasselbe gilt von Handlungsbevollmächtigten im Rahmen ihrer Handlungsvollmacht, vgl. RG. i. Bankarchiv Bd. 14 S. 169.

Keine Angestellten sind die Handlungsagenten. Trotzdem ist der Abschlußagent Erfüllungsgehilfe. Aber auch der Vermittlungsagent hat eine bestimmte Vollmacht im Rahmen seiner bloß vermittelnden Tätigkeit, so daß auch er, wie Staub, a. a. O. Anm. 39, Anhang zu § 349 zutreffend bemerkt, „unter Umständen als beauftragt und bevollmächtigt gilt, einen bestimmten Rat zu erteilen, damit der Abschluß mit dem Geschäftsherrn zustande kommt". Hiernach kann also auch der Vermittlungsagent Erfüllungsgehilfe sein, für den der Geschäftsherr nach § 278 BGB. haftet (Schmidt-Rimpler, a. O. D. S. 251 und Staub, a. a. O. Anhang an 349 Anm. 39 und die dort angeführten Entscheidungen sowie JW. 1928, 1740).

[31] Vgl. Warneyer 1918, Nr. 226.

lagerten Umständen des vorliegenden Falls geeignet gewesen sein, den Eintritt des Schadens herbeizuführen[32]. Rat, Empfehlung oder Auskunft müssen also bestimmend für den schädigenden Erfolg gewesen sein. Nicht erforderlich ist jedoch, daß der Schaden auch voraussehbar war oder durch den erteilten Rat, die gegebene Empfehlung oder Auskunft unmittelbar verursacht worden ist und diese seine einzige Ursache waren[33]. Es genügt, daß die schädigenden Folgen nach objektiver Beurteilung sich aus dem regelmäßigen, der allgemeinen Erfahrung des Lebens entsprechenden Verlauf der Dinge ergeben. Auch der durch ein weiter hinzukommendes Ereignis hervorgerufene Schaden ist als mitverursacht anzusehen, wenn dieser Umstand nicht außerhalb der allgemeinen Berechnung liegt. Vorausgesetzt wird natürlich eine Außerachtlassung der vertraglichen Sorgfaltspflicht. Denn ihre Verletzung bildet den vertragsmäßigen Haftungsgrund. So z. B. ist der Ratgeber, Empfehlende oder Erteiler einer Auskunft nicht ersatzpflichtig, wenn er alle Erkundigungsmittel herangezogen hat und der Schaden trotz strengster Beobachtung seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht sich nicht hat voraussehen lassen. In solchen Fällen kann der Ratgeber usw. sich darauf berufen, daß er die Umstände nicht im voraus hat feststellen können, die für das Fehlschlagen des in Frage stehenden Geschäfts ursächlich waren; wie überhaupt der Grundsatz, daß man auch für den nicht voraussehbaren Schaden zu haften hat, nicht ins Ungemessene ausgedehnt werden darf, weil sonst die allerentferntesten Folgen angeführt werden könnten. Dennoch ist die Voraussehbarkeit des Schadens gleichgültig. Dies ist für die Haftung aus mangelhafter Raterteilung auch insofern bedeutungsvoll, wenn der Ratgeber usw. nur einen Teil der schadenbedingenden Umstände vorausgesehen hat. Die Aufgabe des geschädigten Empfängers ist es, darzulegen, daß der Ratgeber usw. bei dem Rat, der Empfehlung oder Auskunft seine Sorgfaltspflicht im Zeitpunkt der Erteilung des Rats usw. verletzt hat und welche schädigenden Folgen sich daraus ergeben haben[34]. Das Maß der für das betreffende Geschäft zu erfordernden Sorgfalt ist grundlegend, der ungünstige Erfolg des Rats, der Empfehlung oder Auskunft allein genügt nicht.

5. Art und Umfang der Ersatzpflicht bestimmen sich nach § 249 ff. BGB., demzufolge der Ersatzberechtigte Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes hat, der bestehen würde, wenn der falsche oder mangelhafte Rat usw. nicht erteilt worden wäre. Dazu gehört natür-

---

[32] Sg. adäquater Kausalzusammenhang: RG. i. Bd. 72, 327; 81, 361. Im besonderen für die Auskunft vgl. RG. i. JW. 1911, 579.

[33] Vgl. RG. i. Bd. 81, 361; 102, 230; 150, 264; 91, 349. A. A. Sefrin, a. a. O. S. 33, der den Ratgeber nur haften lassen will, wenn er die „schädigende Wirkung hat voraussehen können".

[34] Dieser ganze Fragenkomplex unterliegt natürlich der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 287 ZPO.

lich u. U. auch der entgangene Gewinn (§ 252 BGB.). Der Umfang der Haftung richtet sich gemäß § 254 BGB. aber auch danach, ob und inwieweit mitwirkendes Verschulden des Empfängers vorliegt. Bei der Prüfung dieser Frage kommt es besonders auf die Person des Empfängers, seine Sachkenntnis und Erfahrungen an, ob er Laie oder Fachmann auf dem Gebiete des fraglichen Geschäfts ist. Je größer seine eigenen Erfahrungen oder je umfangreicher seine Sachkenntnisse sind, umso eher wird auch in seinem Verhalten ein mitwirkendes Verschulden bei Fehlschlägen angenommen werden können, wenngleich diese persönlichen Umstände auf seiten des Empfängers allein die vertragliche Sorgfaltspflicht des Ratgebers usw. nicht beseitigen oder mindern wird und diesen seiner grundsätzlichen Haftung nicht entheben. Selbstverständlich sind etwaige Sachkenntnisse des Empfängers nicht die einzigen Gründe eines konkurrierenden Verschuldens. So z. B. können in Betracht kommen verspätete Einholung einer Auskunft, Gewährung eines erheblich größeren Kredits als angeraten, verspäteter Verkauf von Wertpapieren u. dgl. m. Die Gesamtheit aller Umstände ist zu berücksichtigen. Rat, Empfehlung und Auskunft ist nicht gleich Gewährleistung, wenigstens nicht im Sinne einer absoluten Zusicherung. Der Ratgeber usw. haftet nicht für die Zahlungsfähigkeit der empfohlenen Person, ihre persönlichen Fähigkeiten, u. dergl. m., die Ergiebigkeit oder Ertragsfähigkeit eines geschäftlichen Unternehmens wie der Verkäufer, der Bürge usw., sondern er haftet nur für die Richtigkeit seines Rats, die Gewissenhaftigkeit seiner Empfehlung und Zuverlässigkeit der erteilten Auskunft in dem Sinne, daß er bei Abgabe seiner Erklärungen all die Sorgfalt angewendet hat, die der andere nach der Lage des Falls, d. h. nach der erkennbaren Bedeutung des betreffenden Geschäfts, von ihm verlangen konnte. Es sind mithin bei der Feststellung der Schadensersatzpflicht alle in der Person des Ratgebers ebenso wie in der Person des Ratempfängers liegenden Umstände zu prüfen und zu berücksichtigen, ob unter Würdigung aller Tatsachenmomente ein Verschulden des Ratgebers oder Ratempfängers vorliegt und, wenn beides zutrifft, wessen Verschulden für den Schaden kausal gewesen und das schwerere ist.

6. Sehr häufig werden Rat, Empfehlung und Auskunft „ohne Gewähr", „ohne Abligo" oder „unter Ausschluß jeglicher Verantwortlichkeit" erteilt. Die Haftung für eigenes vorsätzliches Verschulden kann gemäß § 276 II. BGB. überhaupt nicht ausgeschlossen werden, wohl aber für Vorsatz der Gehilfen und gesetzlichen Vertreter gemäß § 278 S. 2 BGB.; anders die Haftung für Fahrlässigkeit, auch für grobe, — ihr Ausschluß ist zulässig. Ein solcher Ausschluß der Haftung ist aber nur wirksam, wenn er bei Abschluß des Vertrages vereinbart worden ist. Die unbegrenzte Haftung für Rat- und Auskunfterteilung kann aber auch dann ausgeschlossen sein, wenn in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der ratgebenden Firma eine entsprechende

Klausel aufgenommen und dem Auftraggeber dies bekannt ist[35]. Der Hinweis auf einen allgemeinen Anschlag im Büro oder Kassenraum der Firma ist für den Ausschluß der Haftung nicht genügend, es sei denn, daß der Auskunftnehmer oder Beratene den Anschlag gelesen hat oder darauf hingewiesen worden ist. Die Vertraulichkeit eines Rats, einer Empfehlung oder Auskunft schließt die Haftung nicht aus.

7. Die Verjährung bestimmt sich, da der Anspruch aus § 276 den allgemeinen Verjährungsvorschriften unterliegt, nach diesen, d. h. also, die Verjährung läuft mit 30jähriger Frist[36].

§ 4. Die vertragsmäßige Haftung für unentgeltliche Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft.

I. Einen Satz, der bei selbständiger unentgeltlicher Beratung usw. die Annahme eines Vertrages ausschließt, gibt es nicht. Das Reichsgericht hat den richtigen Grundsatz aufgestellt, daß die Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft im allgemeinen stets ein Vertragsverhältnis begründe, wenn die Beteiligten in dauernder Geschäftsverbindung miteinander stehen[37]: „Denn wenn auch die Geschäftsverbindung der Personen an sich zunächst nichts anderes ist als zufälligerweise ein Nebeneinanderbestehen von Geschäften, welche diese Personen miteinander abgeschlossen haben und einander gegenüber erfüllen, so bildet sich durch die häufige geschäftliche Berührung und die Kenntnis, daß es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegenzukommen, ein Vertrauensverhältnis heraus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüber stehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Nicht nur der Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treu und Glauben beherrscht und dadurch kommt es, daß Handlungen, welche abgesehen von der Verbindung der Handelnden als rechtlich indifferente Tatsache erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen können. Tatsächliche Vorgänge werden nicht nur, insoweit sie Abschluß und Erfüllung von Rechtsgeschäften betreffen, zu rechtlich wirksamen, sondern es erstreckt sich dies auch auf gewisse zur Vorbereitung von Rechtsgeschäften vorgenom-

---

[35] Vgl. RG. Bd. 115, S. 126, weil derartige „Formulare, soweit nicht etwa im Einzelfall Abweichendes besonders vereinbart wird, dazu bestimmt sind, gegenüber einem jeden, der bei einer Geschäftsstelle der weit verzweigten Organisation der Beklagten um Auskunft nachsucht, Vertragsinhalt zu werden".

[36] Vgl. Enneccerus, II. S. 442. Note 6. Gieschen, S. 22. Wittkowsky, S. 1487. Bünger, S. 24 und RG. i. Bd. 115, 123.

[37] RG. Bd. 27 S. 118 ff.

mene Handlungen, insbesondere auf Empfehlungen und Auskunfterteilungen. Der Bereich, innerhalb dessen die Kontrahenten des einzelnen Geschäfts unter rechtlich realisierbarem Präjudiz sich Vertrauen schenken dürfen, wird erweitert: (RG. 27, 122). Vorgänge, die unter Fremden an sich rechtlich bedeutungslos sein würden, werden wie Rechtsgeschäfte bzw. als solche behandelt. Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung eines Geschäftsfreundes in der Überzeugung, daß dieser bei der Erteilung derselben sorgfältig gehandelt hat, bzw. daß er für ein begangenes Versehen einstehen will, und der andere weiß, daß der erstere seine Mitteilung in diesem Sinne auffaßt und daß er sie nach Treu und Glauben so auffassen darf. Der Geschäftsfreund wird dadurch nicht verpflichtet, eine Auskunft zu geben, gibt er sie aber, so unterwirft er sich damit der bestehenden Auffassung".

An dieser Auffassung hat das Reichsgericht bis heute festgehalten[38]. Desgleichen wird diese Ansicht von der herrschenden Lehre geteilt[39]. Das Nichtvorliegen eines Vertrages soll hiernach, wenn eine Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten besteht, den Regeln des Verkehrs widersprechen und müßte infolgedessen von dem in Anspruch genommenen Auskunftgeber im Prozeß bewiesen werden.

II. Der Einfluß, den nach dieser Meinung die Geschäftsverbindung auf das Zustandekommen eines Vertrags ausüben soll, kann nicht anerkannt werden. Die Geschäftsverbindung schafft kein rechtliches Verhältnis zwischen den Beteiligten, sondern bedeutet nur die Gesamtheit der unter ihnen bestehenden wirtschaftlichen Beziehungen Es mag zutreffen, daß die Geschäftsverbindung ein besonderes Vertrauensverhältnis schafft und daß „die Wahrung von Treu und Glauben in höchstem Maße und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird"[40]. Damit können aber Vorgänge, die unter Fremden an sich ohne rechtliche Bedeutung sein würden, nicht rechtlich erheblich werden. Die Geschäftsverbindung ist eine Sammelbezeichnung für all die Einzelgeschäfte, die die Beteiligten im Laufe der Zeit miteinander geschlossen haben. Ein rechtliches Verhältnis besteht unter den Parteien nur solange, als das einzelne Geschäft noch nicht erledigt

---

[38] An neueren Entscheidungen vgl. JW. 1910 S. 2918 und Leipz. Zeitschrift 21 S. 265.

[39] Vgl. Brunswig a. a. O. S. 84: „Die aus einer Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten von jedem erwarteten Vorteile, sowie die sich daraus ergebende Erwartung jedes von ihnen, von dem Geschäftsfreund besonders gut bedient zu werden, genügen vollauf, um die Annahme zu rechtfertigen, die Erteilung von Empfehlung und Auskunft begründe unter ihnen auch spezielle Gegenleistung im Vertragsverhältnis". Ebenso statt aller Oertmann zu § 676 BGB. Anm. 1 b und Staudinger zu § 676 BGB. Anm. 1 a, sowie neuerdings besonders Jeßnitzer a. a. O. S. 38 ff.

[40] RG. Bd. 27 S. 118 f. und Jeßnitzer a. a. O. S. 27.

ist [41]. In der Folgezeit, also von dessen Abwicklung bis zum Abschluß eines neuen mögen sie in wirtschaftlicher Verbindung stehen, ein Vertragsverhältnis liegt aber nicht vor. Auch wird in diesen Fällen der Rat usw. nicht in der Erwartung erteilt, daß der Ratempfänger das empfohlene Geschäft mit dem Rat- oder Auskunftgeber vornimmt. Das Eigentümliche dieser Fälle besteht vielmehr gerade darin, daß bei ihnen die Beratung usw. ohne Zusammenhang und Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft unter den Beteiligten erfolgt.

III. Hiernach kann aus dem Bestehen einer geschäftlichen Verbindung unter den Beteiligten allein auf den Abschluß eines Auskunftsvertrages usw. noch nicht geschlossen werden. Wenn jemand unentgeltlich seinem Geschäftsfreunde Rat erteilt oder Auskun,. über eine andere Person, ihre Vermögensverhältnisse u. dgl. gibt, wird er nicht in allen Fällen eine ihn rechtlich bindende Verpflichtung übernehmen wollen. Das Moment der Unentgeltlichkeit deutet vielmehr in der Regel darauf hin, daß man die Empfehlung usw. nur als eine Gefälligkeit ansieht. Es müssen demnach noch gewisse Umstände hinzukommen, die die Annahme einer rechtlichen Verpflichtung des Rat- und Auskunftgebers rechtfertigen. Die Gründe, die den Auskunftnehmer zur Einholung der Auskunft veranlaßt haben und die Zwecke, die er mit ihr verfolgt, sind für die Frage nach der rechtlichen Bindung des Auskunftgebers an sich nebensächlich. Der Auskunftgeber braucht den Empfänger nach seinen Beweggründen und Absichten nicht zu fragen.

Wie aber ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der Auskunftgeber die Gründe und Absichten des Fragenden kennt oder hat erkennen müssen? Z. B. wenn er wissen mußte, daß die Empfehlung oder Auskunft für den Empfänger von der größten Bedeutung ist und er daraufhin geschäftliche Maßnahmen treffen wird, die für ihn zu großen Verlusten führen können. Es erhebt sich die Frage, ob in solchen Fällen nicht der Wille zur rechtlichen Bindung und Pflichtübernahme zu unterstellen ist. Das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Meinung haben diese Frage bejaht [42]. Es führt aus, daß die Erteilung einer Auskunft für gewöhnlich ein Vertragsverhältnis zwar nicht begründe, daß aber ein besonderer Auskunftsvertrag zwischen den Beteiligten zustande gekommen sei, wenn der Auskunftnehmer auf die Auskunft hin entscheidende Maßnahmen, insbesondere eine Vermögensverfügung getroffen hat, und der Auskunftgeber das ohne weiteres erkennen mußte. Für diese Auslegung spreche ein Rechtsschutzbedürfnis, auch wenn ein vertragliches Verhältnis unter den Betei-

---

[41] Ebenso Alsberg a. a. O. S. 321, Brand a. a. O. S. 724, Gieschen a. a. O. S. 31 und Ziegler a. a. O. S. 31.

[42] RG. Bd. 101 S. 297. LZ 26 S. 225, ebenso Staub zu § 349 Anm. 13 und Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 676 Anm. 1 c.

ligten bis dahin noch nicht bestanden hat. Auch diese Auffassung kann als allgemeingültig und als für alle Fälle zutreffend nicht anerkannt werden. Fast jede Auskunft wird zu bestimmten Zwecken eingeholt und meistens wird dies auch dem Auskunftgeber erkennbar sein. Mit diesen Grundsätzen werden die Unterschiede zwischen den aus reiner Gefälligkeit erteilten Auskünften und solchen, bei denen der Auskunftgeber sich verpflichten will, vollkommen aufgehoben. Sie enthalten, wenn man sie als schlechthin zutreffend auffaßt, eine durch nichts begründete Fiktion, indem man den Parteien einfach einen Willen unterschiebt, den sie garnicht gehabt haben [43].

Wie das tägliche Leben lehrt, werden Auskünfte und Empfehlungen durchweg nur erteilt, um sich nach ihnen richten zu können und entsprechende Maßnahmen zu treffen. Gibt eine Hausfrau Auskunft über ihren früheren Dienstboten, so muß sie damit rechnen, daß die Anfragende sich nach der erteilten Empfehlung richten wird. Diese Beispiele ließen sich ins Endlose vermehren. Jeder hat schon um Rat gefragt und ist gelegentlich um Auskunft angegangen worden. In den meisten Fällen wird es sich um reine Gefälligkeiten handeln und es würde zu weit führen, aus solchen Erklärungen eine vertragliche Haftung für ihre Fehlerlosigkeit herleiten zu wollen. Die Frage, ob bei unentgeltlicher Raterteilung usw. unter Umständen wie den hier zur Erörterung stehenden eine vertragliche Schadenersatzpflicht eintritt, läßt sich vielmehr nur von Fall zu Fall beantworten. Generell läßt sich nur sagen, daß in solchen Fällen, wenn die Auskunft sich als schädigend herausstellt, nur eine Haftung nach deliktischen Grundsätzen in Betracht kommen kann. An dieser Rechtslage wird m. E. auch nichts geändert, wenn der Rat, die Empfehlung oder Auskunft innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung erteilt werden. Zwar behauptet Jeßnitzer (a. a. O. S. 67), daß die Geschäftsverbindung nicht nur ein rein tatsächliches Vertrauensverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis und zwar ein Dauerschuldverhältnis sei, demzufolge die Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu einem bestimmten Verhalten gegeneinander verpflichtet sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob „die Geschäftsverbindung als Dauerverhältnis sicher erwiesen ist", wie Jeßnitzer (a. a. O. S. 70) annimmt. In jedem Falle — und das ist auch die herrschende Meinung [44] — ist aber ein in Verfolg einer solchen Geschäftsverbindung erteilter Rat stets als Gegenstand eines selbständigen Vertrages anzusehen, der sich zwar den innerhalb der Geschäftsverbindung von den Beteiligten geschlossenen Verträgen anreiht, aber seinem Rechtscharakter nach selbständig ist. Deshalb richtet sich die Haftung für die Richtigkeit des erteilten Rats oder der Auskunft auch nicht nach den von Jeßnitzer für die Geschäfts-

[43] Ebenso Gieschen a. a. O. S. 34.
[44] Vgl. auch Alsberg a. a. O. S. 322.

verbindung als solche dargelegten Haftungsgrundsätzen, sondern nach dem Vertrage auf Erteilung des Rats, der Auskunft oder Empfehlung. Eine andere Frage ist es, ob die Beteiligten einander verpflichtet sind, wechselseitig Rat zu erteilen und Auskunft zu geben. Aber auch das ist m. E. zu verneinen. Denn mögen auch, wie Jeßnitzer in seinen scharfsinnigen Ausführungen dargetan hat, die Partner einer Geschäftsverbindung „zur Beobachtung des durch die Verkehrsanschauung gebotenen Verhaltens verpflichtet sein" (a. a. O. S. 73), so müßte dies immerhin einen Kontrahierungszwang bedeuten, der letzten Endes jede freie Selbstbestimmung ausschließt. Es kann doch sehr wohl der Fall eintreten, daß der Geschäftsfreund den erbetenen Rat usw. nur deshalb nicht erteilt, weil er mit dem, über dessen Verhältnisse er um Auskunft gebeten wird, ebenfalls in Geschäftsverbindung steht.

IV. Von diesen unentgeltlichen Raterteilungen, Empfehlungen und Auskünften, wie sie im täglichen und geschäftlichen Leben zahlreich vorkommen, sind jedoch die zu scheiden, die auf Grund einer gewissen Sachkunde erbeten und gegeben werden. So z. B. wenn ein Arzt, Rechtsanwalt, Architekt, Kunstsachverständiger, Bankier usw. einem Nichtfachmann unentgeltlich Rat erteilt, Auskunft gibt oder die Vornahme eines Geschäfts mit einem Dritten empfiehlt [44a]. Meist wird ein derartig Sachverständiger irgend einem Geschäftszweige, einem bestimmten Fach usw., Rat oder Auskunft nur erteilen, wenn er für die Darbietung seiner Kenntnisse und für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält oder auf den Abschluß des empfohlenen Geschäfts mit ihm selbst rechnet oder rechnen kann. Alsdann haben, wie im nächsten § noch eingehend dargelegt werden wird, die Beteiligten einen Vertrag geschlossen und hat sich der Auskunftgeber für die Zuverlässigkeit seiner empfehlenden Erklärungen vertragsmäßig verpflichtet. Erteilt er aber ausnahmsweise einmal einen Rat, ohne eine Vergütung dafür zu verlangen oder ohne daß das empfohlene Geschäft mit ihm abgeschlossen wird, so wird man aus dem Umstande allein, daß er für die an ihn gerichtete Frage sachverständig ist, auf einen vertraglichen Verpflichtungswillen ohne weiteres noch nicht schließen können [45]. Es kommt alsdann vielmehr darauf an, ob der Sachkundige den unentgeltlichen Rat nur gelegentlich oder in Ausübung seines Berufs und im gewöhnlichen Gang seiner geschäftlichen Tätigkeit erteilt hat [46]. Ein Arzt, ein Rechtsanwalt, ein Kunstsachverständiger, Bankier usw., die über fachmännische Fragen angegangen werden, brauchen dies nicht immer in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit zu tun. Es ist deshalb zu unterscheiden, ob ein Angehöriger der bei-

[44a] Vergl. Staub a. a. O. Anhang zu § 349 Anm. 18; RG. 27, 118 ff.; 65, 141.

[45] Vgl. Leonhard a. a. O. S. 20.

[46] Ähnlich Brand a. a. O. S. 724, Gieschen a. a. O. S. 35.

spielsweise angeführten Berufsarten einen Rat, eine Empfehlung oder Auskunft außerberuflich, etwa im Verlaufe einer Unterhaltung, eines freundschaftlichen Gesprächs usw. oder in seinem Büro, seinem Geschäft und dergl. erteilt hat. Außerberuflich ist auch der Fachmann und Sachverständige wie ein Privatmann zu behandeln und kann er für einen unter solchen Umständen erteilten Rat vertraglich nicht in Anspruch genommen werden, weil in solchen Fällen nicht anzunehmen ist, daß er sich dem Fragenden vertraglich verpflichten wollte. Solche Auskünfte sind genau so als Gefälligkeiten anzusehen, wie die eines Privatmannes, der in einer Gesellschaft nach seinen Ansichten über diese oder jene Angelegenheit gefragt, seine Meinung empfehlend oder ablehnend zum Ausdruck bringt. Es ist immer Tatfrage, ob das eine oder das andere anzunehmen ist. Hat der Sachkundige und Fachmann den Rat usw. aber in Ausübung seines Berufs gegeben, so kann es nicht von Bedeutung sein, ob er eine Vergütung verlangt oder nicht. Alsdann haftet er dem Fragenden vertraglich. Er ist zur Raterteilung usw. nicht verpflichtet, tut er es aber, so tritt er zu dem anderen in ein Vertragsverhältnis. Ein Bankier z. B., der um Rat über die Anlegung von Kapitalien gefragt wird, weiß genau, daß er wegen seiner besonderen Sachkunde befragt wird und daß der Fragende eine zuverlässige Auskunft von ihm haben will. Dasselbe gilt von dem Sachverständigen und Fachmann irgendeines anderen Berufs oder Wirtschaftszweiges. Diese Ansicht wird auch in vollem Umfange vom Reichsgericht geteilt: „Wenn jemand, zu dessen Berufsgeschäft es gehört, anderen in Geschäften der fraglichen Art beratend zur Seite zu stehen, und der erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, diesem in einem an denselben gerichteten Schreiben eine Auskunft über einen erheblichen Punkt gibt, so schließt er eben dadurch den betreffenden Vertrag mit dem Auskunftbegehrenden ab“ [47]. Ebenso ist die Rechtslage, wenn ein Kaufmann, Fabrikant und dergl. seinen Geschäftsfreund um Auskunft über ein neues Geschäft, um seinen fachmännischen Rat über den Ankauf bestimmter Waren und dergl. bittet und dieser sich hierzu vorbehaltslos bereit findet. Dann ist es nicht, wie die herrschende Meinung und das Reichsgericht annehmen, die vielleicht mehr oder weniger lose Geschäftsverbindung, die auf das Zustandekommen eines besonderen Vertrags schließen läßt, sondern der Gefragte weiß genau, daß er wegen seiner besonderen Sachkenntnis befragt wird und der Fragende von ihm eine zuverlässige Auskunft oder Empfehlung haben will. Nicht die Geschäftsverbindung ist das Entscheidende, vertragsbegründend ist vielmehr die Sachkunde, um derentwillen bei dem Auskunfterteiler angefragt worden ist und weshalb er sich sagen mußte, daß seine

[47] So z. B. RG. in Bd. 52, S. 366 und bei Gruchot Bd. 53, S. 980 sowie JW. 26 S. 2101 und das Kammergericht in JW. 26 S. 2101.

Dagegen Laband a. a. O. S. 262; Enneccerus, II, S. 477, Anm. 9.

Erklärungen für den anderen maßgeblich sein werden und dieser erwartet, eine sorgfältig abgegebene Empfehlung oder Auskunft zu erhalten. Die Geschäftsverbindung mag den Fragesteller veranlaßt haben, sich gerade an den Geschäftsfreund zu wenden. Für das Zustandekommen eines besonderen Vertrags auf richtige Raterteilung unter den Beteiligten ist jedoch allein der sich bei einer solchen Sachlage aus den Umständen, nämlich insonderheit mit Rücksicht auf die von dem Anfragenden bei dem Gefragten angenommene Sachkenntnis, zu entnehmende Vertragswille der Parteien maßgebend. Daß diese Auffassung auch der im geschäftlichen Leben geteilten entspricht, geht daraus hervor, daß man in den meisten Fällen der Auskunft einen die Haftung ausschließenden Zusatz beifügt. Ob und inwieweit nun die Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskünften zu den beruflichen Geschäften im einzelnen gehört, ist aus der Stellung zu entnehmen, die der Ratgeber seinem Berufe nach im Wirtschaftsleben sowohl im allgemeinen als auch nach der Lage des Falles in Beziehung auf die einzelnen Fragen einnimmt. Es ist nicht erforderlich, daß die fachmännische Beratung anderer zu den unmittelbaren Berufsaufgaben des Raterteilenden gehören muß, wie es z. B. in sehr weitem Umfange bei einem Rechtsanwalt der Fall ist oder doch sein kann. Es genügt, wenn ersichtlich ist, daß die wirkliche oder vermutete Sachkunde des Gefragten für den Fragenden insofern von Bedeutung war, als er ihn wegen seiner Kenntnisse und Erfahrungen befragt hat und dies dem Auskunftgeber bekannt war oder er es erkennen mußte. Daraus ergibt sich aber auch weiter, daß der Anfragende sehr wohl selbst Fachmann auf dem in Betracht kommenden Gebiet sein kann. Die eigenen Fachkenntnisse schließen nicht aus, noch den Rat eines anderen einzuholen. Das Kriterium für eine vertragliche Bindung kann in solchen Fällen eben nur sein, daß die Beratung usw. entweder zu den Berufsgeschäften des Ratgebers gehört oder es ersichtlich ist, daß der Ratsuchende den Ratgeber wegen seiner Sachkunde oder besonderen Erfahrungen in einem bestimmten Geschäftszweig gefragt hat und dies der Ratgeber gewußt hat oder erkennen mußte. Nur in diesen Fällen ist die Raterteilung, Empfehlung oder Auskunft als Vertrag anzusehen, weil der Ratgeber sich klar darüber sein mußte, daß er durch die Raterteilung usw. in ein besonderes Verhältnis zu dem Rat- oder Auskunftsuchenden tritt, das ihn zu besonderer Sorgfalt verpflichtet. Seiner rechtlichen Natur nach ist ein solcher unentgeltlicher Vertrag als Auftrag aufzufassen[48]. Auftrag im Sinne des § 662 BGB. ist der Vertrag, inhaltlich dessen sich jemand verpflichtet, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen un-

[48] In Frage könnte noch kommen, ob die unentgeltliche Raterteilung als Schenkung anzusehen ist. Das ist aber abzulehnen, weil es unter den dargelegten Umständen an einer Vermögensminderung auf seiten des Ratgebers fehlt. Vgl. Enneccerus a. a. O. S. 360.

entgeltlich zu besorgen. Dabei ist unter Geschäft nicht etwa, wie von manchen Autoren behauptet wird[49], eine Geschäftsbesorgung in dem beschränkteren Sinne des § 675 BGB. zu verstehen, sondern jede Verrichtung, die Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrages sein kann. Von besonderer Bedeutung ist beim Auftrage jedoch die Abgrenzung gegenüber rein gesellschaftlichen Gefälligkeitsverhältnissen. Ein rechtswirksamer Auftrag ist nur anzunehmen, wenn der Wille, sich rechtlich zu verpflichten, mit Sicherheit erkennbar ist. Das ist aber anzunehmen, wenn dem sich zur Besorgung Erbietenden bekannt war, daß es sich um eine rechtlich erhebliche Mitteilung handelt[49a]. Für das Zustandekommen eines rechtsverbindlichen Auftrages genügt deshalb auch eine stillschweigende Erteilung und Annahme durch konkludentes Verhalten wie in den dargelegten Fällen, wenn jemand einen Fachmann in einer bestimmten Angelegenheit um dessen Rat befragt und dieser zur Raterteilung sich bereit findet. Unter solchen Umständen ist ein rechtsverbindliches Auftragsverhältnis zustande gekommen, weil das beiderseitige Verhalten auf rechtliche Bindung hinweist. Ein Fachmann, der in der dargelegten Weise einem anderen ohne Vergütung einen Rat erteilt, übernimmt einen Auftrag und erklärt sich durch sein Verhalten bereit, das aufgetragene Geschäft sorgfältig zu erledigen, d. h. den Rat gewissenhaft zu erteilen. Gibt daher z. B eine Hausfrau Auskunft über ihr früheres Dienstmädchen, ein Kaufmann über seinen Buchhalter oder ein Anwalt über seinen Bürovorsteher, so haften sie nicht vertraglich, sondern höchstens nach deliktischen Grundsätzen, weil es nicht zu ihren beruflichen Geschäften gehört, solche Anfragen zu beantworten. Solche Auskünfte sind in der Regel als reine Gefälligkeiten anzusehen, weil bei ihnen die rechtliche Willensbindung fehlt.

V. Ist nach der Lage des Falls anzunehmen, daß die unentgeltliche Raterteilung, Empfehlung oder Auskunft einen selbständigen Vertrag darstellt, so ist die Haftung die gleiche wie bei einem Vertrag gegen Entgelt, und zwar gilt das sowohl von dem Grade der Haftung als auch von ihrem Umfang. Die Sorgfaltspflicht des Rat- und Auskunftgebers bestimmt sich nach § 276 BGB. und er ist schadensersatzpflichtig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

§ 5. Die vertragsmäßige Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft in Verbindung mit anderen Verträgen.

In zahlreichen Fällen werden Rat, Empfehlung und Auskunft in Verbindung mit einem anderen Geschäft erteilt. Z. B., wenn der Ver-

[49] Oertmann a. a. O. vor § 662, 2 a b. Wie im Text Enneccerus a. a. O. S. 467.

[49a] RG. Bd. 65 S. 18 ff.

häufer den Käufer beim Ankauf eines Gegenstandes berät, der Bankier dem Kunden, der sein Geld anlegen will, den Erwerb des einen oder anderen Wertpapiers anempfiehlt u. dgl. m. Besonders häufig ist eine solche Verbindung beim Kommissionsgeschäft, Kaufvertrag und bei den Emissions- und Gründungsgeschäften, den Konsortial- und Unterkonsortialverträgen.

I. Kommissionsweise handelt, wer in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers, d. h. also für fremde Rechnung handelt, Aus dem Ausführungsgeschäft, das er für den Auftraggeber vornimmt, wird er allein berechtigt und verpflichtet, aber überträgt dessen Ergebnisse auf den Auftraggeber, er selbst bekommt nur eine Entlohnung. Die rechtliche Natur des Kommissionsgeschäfts ist streitig, ob Dienst- oder Werkvertrag [50a]. Der richtigen Ansicht nach kommt es auf den einzelnen Fall an. Die meisten Autoren sprechen sich für Werkvertrag aus, der eine Geschäftsbesorgung am Gegenstand hat (§§ 631, 675 BGB.) [50b]. M. E. ist Diensvertrag anzunehmen [50c]. Der Kommissionär unterscheidet sich vom Eigenhändler infolgedessen dadurch, daß dieser für eigene Rechnung handelt. Ob das eine oder andere vorliegt, ist mitunter zweifelhaft. Die Ausdrücke „Auftrag", „Order", „Kommissionär" usw. besagen nichts. Besondere Bedeutung hat der Unterschied im Bank- und Börsenverkehr. Hier ist herrschende Lehre, daß bei Aufträgen an Bankiers zur Anschaffung oder Veräußerung von Wertpapieren im Zweifel Kommission anzunehmen ist. Will der Bankier Eigenhändler sein, so muß er das in völlig unzweideutiger Weise zum Ausdruck bringen [50d]. Der Kommissionär ist verpflichtet, den von ihm übernommenen Auftrag gemäß § 347 HGB. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen und das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen (§ 384 HGB.). Hiernach muß der Bankier, wenn er Aufträge zum An- und Verkauf von Wertpapieren übernimmt oder seinem Kunden von einem beabsichtigten Geschäft abrät und ihm statt dessen ein anderes vorschlägt, besonders vorsichtig sein. Er hat die Tatsachen, die er zugunsten oder zuungunsten eines Wertpapiers anführt, zuvor genau zu prüfen. Er muß es verstehen, den richtigen Mittelweg zwischen übergroßer Vorsicht und geschäftlichem Wagemut einzuschlagen. Die Entwicklung der Kurse kann er nicht prophezeien. Er muß aber die Momente, die für oder

---

[50a] Vergl. Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft, a. a. O. S. 497, der die zahlreichen Vertreter der einzelnen Meinungen aufzählt.

[50b] So vor allem Lehmann (a. a. O. S. 825) und die bei Schmidt-Rimpler angeführten Schriftsteller. Bei unentgeltlicher Kommissionsübernahme ist Auftrag anzunehmen. Große praktische Bedeutung kommt dieser Frage aber nicht zu, weil man das einzelne Kommissionsgeschäft immer selbständig nach seiner besonderen Ausgestaltung beurteilen muß. Vgl. Staub zu § 383 HGB.

[50c] So Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 498.

[50d] Vergl. Müller-Erzbach a. a. O. S. 670/71 sowie RG. 43, 111; 114, 10.

gegen einen Ankauf bzw. einen Verkauf der Effekten sprechen, anführen, die Lage des betreffenden Unternehmens schildern, seine Ansichten über die Gestaltung des Geld- und Effektenmarktes äußern usw. Die Entscheidung soll und muß allerdings der Kunde fällen. Unverändert bleibt die Stellung des Bankiers als Kommissionär auch bei Selbsteintritt z. B. bei Kommissionen über Wertpapiere, für die ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, weil das Selbsteintrittsrecht nur eine besondere Art der Ausführung des Kommissionsgeschäfts ist[51] [52].

§ 676 BGB. kommt beim Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts nicht zur Anwendung. Ebensowenig läßt sich die Haftung aus § 384 Abs. 2 HGB. folgern, weil unter die dem Kommittenten zu gebenden „erforderlichen Nachrichten" unzweideutig nur diejenigen Berichte gehören, die der Kommissionär dem Kunden erteilen muß. Wenn das Reichsgericht weiter sagt, daß in den Vorteilen, die dem Bankier in Gestalt von Provisionen aus dem Geschäft zufließen, zugleich ein Entgelt für seine Dienste liege und daß diese Dienste auch als Teil des entgeltlichen Kaufgeschäfts selbst anzusehen seien, so erhebt sich aber die Gegenfrage, wie es ist, wenn das Kaufgeschäft nicht zum Abschluß kommt. Wie noch unten eingehend dargelegt werden wird, ist die Auffassung, daß in allen solchen Fällen die Beratung als Nebenleistung des Ausführungsgeschäfts anzusehen sei, abzulehnen[53] [53a].

II. Aehnlich wie beim Kommissionsgeschäft können Rat, Empfehlung und Auskunft auch mit einem Kaufvertrag verbunden sein. Ein Unterschied besteht nur insofern, als der Kommissionär zur Interessenwahrnehmung des Kommittenten an sich schon gemäß § 384 HGB. verpflichtet ist und eine beratende Tätigkeit in gewissem Umfange in dieser Pflicht enthalten sein kann. Anders ist es beim Kauf-

---

[51] Das ist beachtlich, weil grundsätzlich ein Verkäufer aus Rat oder Empfehlung nicht haftbar gemacht werden kann, wenn er seine eigene Ware empfiehlt; der Käufer ist hier lediglich auf die Gewährleistungs- oder auf Garantieleistungsansprüche angewiesen.

[52] Dem steht auch nicht § 400 HGB. entgegen, wonach die Voraussetzungen des Selbsteintritts durch Vereinbarung beseitigt und der Selbsteintritt auf andere Fälle ausgedehnt werden kann, z. B. auf Fälle, wo ein amtlicher Kurs für Wertpapiere nicht besteht. Das geschieht vor allem dadurch, daß sich in den Geschäftsbedingungen der Banken vielfach eine Klausel befindet, derzufolge alle Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren als Selbstkontrahent erledigt werden. Auch in solchen Fällen bleibt die volle Haftung des Bankiers bestehen.

[53] RG. i. Dtsch. Jur.-Zeitg. 1899 S. 113: „Besteht zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis und steht der Rat oder die Empfehlung hiermit in Beziehung, so gelangen die Rechtsgrundsätze zur Anwendung, die für jenes Verhältnis gelten".

[53a] Vgl. auch Zeil a. a. O. S. 95 ff.

vertrag. Wohl hat auch der Verkäufer eine gewisse Aufklärungspflicht über Fehler und Mängel der Ware gemäß § 459 ff. BGB. Das bedeutet aber nicht, daß der Verkäufer den Käufer über die Unvorteilhaftigkeit des Geschäfts, seine Gefahren für ihn usw. unterrichten müßte. Der Geschäftsmann, der seine Waren dem Kunden empfiehlt, um ihn zum Kauf zu bewegen, wird damit noch nicht zum Ratgeber des Kauflustigen. Derartige Empfehlungen und Anpreisungen, wie sie bei den Geschäften des täglichen Lebens — im Klein- wie im Großhandel — durchaus üblich sind, ergeben sich aus der Freiheit des Wirtschaftslebens und der damit verbundenen Konkurrenz. An diesem Grundsatz der wirtschaftlichen Freiheit hat auch die neue Wirtschaftsauffassung und Wirtschaftsgestaltung nichts geändert, soweit dadurch das Gesamtwohl der Nation nicht beeinträchtigt wird. Denn obgleich die Gefahren, die mit dem freien Spiel der Wirtschaftskräfte verbunden sind, erheblich sein und zu schweren Schädigungen des Gesamtwohls führen können und in vielfacher Hinsicht auch tatsächlich geführt haben, so ist man sich doch klar darüber, daß andererseits die Konkurrenz auch die nie erlahmende, stets neuschaffende Kraft ist, die das Wirtschaftsleben zur höchsten Entfaltung antreibt. Jeder Geschäftsmann muß, wenn er in diesem Wettkampf des Lebens bestehen will, versuchen, seine Waren möglichst vorteilhaft an den Mann zu bringen. Das liegt im Wesen des Kaufgeschäfts und seiner wirtschaftlichen Zweckbestimmung. Empfehlende Aeußerungen über die Güte und Vorteilhaftigkeit des Kaufobjektes können deshalb nicht als Rat oder Empfehlung im Sinne einer besonderen vertraglichen Nebenleistung zu dem Kaufgeschäft angesehen werden, auch dann nicht, wenn der Verkäufer besonders sachkundig ist[54]. Stellen sich derartige Empfehlungen oder Ratschläge als unzutreffend heraus, so ist der Käufer auf die Gewährleistungsansprüche aus § 459 ff. BGB. oder auf etwaige Garantieleistungsansprüche angewiesen[55]. Falls nicht etwa — was hier außer Betracht bleiben kann — arglistige Täuschung mit entsprechenden straf- und zivilrechtlichen Folgen gegeben ist.

Rat und Empfehlung als Haftungsgrund in Verbindung mit einem Kaufvertrag liegt nur vor, wenn sie eine besondere Leistung vor und zum Abschluß des Kaufgeschäfts darstellen. Das ist aber nur anzunehmen, wenn der Verkäufer über den Rahmen der üblichen Empfehlung seiner Waren hinaus dem Kunden als Fachmann gegenübertritt und dieser im Vertrauen auf die Sachkunde des Verkäufers

---

[54] So z. B. hat das Reichsgericht (i. JW. 1905, S. 502) einmal ausgeführt, daß der Bankier nicht verpflichtet sei, seinen sachverständigen Rat dem Kunden aufzudrängen oder tatsächliche Unterlagen seiner zünftigen Beurteilung mitzuteilen.

[55] Ebenso die herrschende Meinung; statt aller Staub, Exkurs zu § 349 HGB. Note 17 mit zahlreichen Entscheidungen und Beispielen.

sich zu dem Geschäft entschließt[56]. Alsdann wird der Verkäufer zugleich ein Berater des Käufers. Dabei ist es gleichgültig, ob für den Rat oder die Empfehlung eine besondere Vergütung oder ein Aufschlag zu dem Kaufpreis entrichtet wird oder nicht; die Vergütung kann in dem vereinbarten Preis enthalten sein[57]. Ob eine solche Raterteilung vorliegt, ist aus den Umständen des Einzelfalls zu entnehmen. Das wird stets anzunehmen sein, wenn der Verkäufer dem Kunden als Vertrauensmann gegenübersteht und der Verkäufer weiß, daß es dem Kunden auf die sachkundigen Erklärungen eines Fachmanns ankommt und er sich in seinen Entschließungen danach richtet.

III. Rat, Empfehlung und Auskunft können auch in Verbindung mit anderen Geschäften als Kommission und Kauf vorkommen. In allen derartigen Fällen stehen sie im Verhältnis einer besonderen vertraglichen Vorleistung zu dem Hauptgeschäft. Die Zahl derartiger Verbindungsmöglichkeiten ließe sich beliebig vermehren, ohne jedoch an der rechtlichen Grundgestaltung Abweichendes aufzuzeigen. Eine große Rolle spielen sachkundige Beratung und Empfehlung, abgesehen von den angeführten Fällen, vor allem noch bei den anderen Bankiergeschäften: Z. B. bei den Emmissions- und Gründungsgeschäften, den Konsortial- und Unterkonsortialgeschäften. Welche Rechtsgrundsätze im einzelnen zur Anwendung zu bringen sind, richtet sich nach den Modifikationen, unter denen diese Art Bankiergeschäfte sich nach Lage des Falls abspielen; teils sind es die allgemeinen vom Wesen der Verträge, teils die inbezug auf Darlehen, Kauf, Kommission, Gesellschaft mit und ohne handelsrechtlicher Eigenart. Wie immer im Einzelfall die Regelung auch getroffen sein mag, stets kommt es für die Frage, ob eine erteilte Auskunft, Empfehlung oder Beratung über den Geschäftsgegenstand als vertraglicher Haftungsgrund anzusehen ist, darauf an, ob der Emittent als Sachkenner den anderen zum Erwerb des Anlagepapiers bestimmt hat und dieser sich nur im Vertrauen auf die besonderen fachmännischen Ausführungen hin zu dem Geschäft bereit gefunden hat. Auch hier kann ausschlaggebend sein, ob der andere Fachmann oder Laie ist. Indeß schließt die eigene Sachkunde des Gegners die Möglichkeit einer Beratung durch den Emittenten nicht aus und damit auch nicht die Haftung für unrichtige oder mangelhafte Beratung.

IV. Will jemand Wertpapiere kaufen und wendet er sich in dieser Absicht an einen Bankier mit der Bitte um entsprechende Ratschläge und Empfehlung geeigneter Anlagewerte, to tritt der Bankier, wenn er sich dazu bereit findet, in diesem Augenblick mit dem Kunden in

---

[56] Vgl. RG. in Bd. 42, S. 130; i. JW. 1903, S. 181; 1911, S. 908; i. LZ. 1908, S. 604 und 1910, S. 293; i. Bank-Arch. Bd. 11, S. 62.

[57] RG. i. LZ. 1909, S. 543. Warneyer Rspr. 1908 Nr. 463, 1909 Nr. 85 und 1910 Nr. 110.

vertragliche Beziehungen, und zwar gleichgültig, ob das Erwerbsgeschäft zustandekommt oder nicht. Entscheidet sich der Kunde auf Grund der Empfehlung zur Anschaffung eines bestimmten Papiers, so haftet der Bankier, wenn sich herausstellt, daß die Empfehlung unrichtig oder mangelhaft war und der Bankier dabei vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Das gleiche gilt aber auch, wenn ein Vertrag über den Erwerb des Wertpapiers überhaupt nicht geschlossen wird, weil der Bankier in schuldhafter Weise von dem Abschluß des Geschäfts abgeraten hat.

Ebenso ist es bei Rat, Empfehlung und Auskunft anderer Personen und bei anderen Geschäften. Verlangt z. B. in einer Warenhandlung ein Käufer Rat über die anzukaufende Sache und ist die Beratung oder Auskunft schuldhaft unrichtig gegeben, so haftet der Verkäufer in gleicher Weise wie der vorerwähnte Bankier.

Voraussetzung für die Haftung aus diesem Gesichtspunkt ist jedoch immer, daß die Beratung, Empfehlung und Auskunft im Hinblick auf den Abschluß eines nachfolgenden bestimmten Vertrags erteilt wird und es sich nicht um bloße empfehlende Anpreisungen handelt, sondern um eine Beratung, Empfehlung oder Auskunft in dem bereits dargelegten Sinne. Der Erteiler des Rats, der Empfehlung oder Auskunft muß, wie Staub zutreffend sagt [58], „muß seiner Rolle als Verkäufer heraustreten und zugleich in erkennbarer Weise die Stelle eines Beraters seines Kunden übernehmen und als solcher auch von dem Kunden angesehen werden". Wann dies der Fall ist, entscheiden die Umstände. Nicht erforderlich ist, daß eine besondere Vergütung für die Raterteilung gewährt wird. Es genügt, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß die Beratung für die Entscheidung des Kunden maßgeblich war. Denn obgleich in der Regel jede Partei im Geschäftsleben ihr eigenes Interesse verfolgt, so weiß der beratende Verkäufer aber doch, daß der Kunde die Auskunft in Wahrnehmung seiner Interessen von ihm verlangt. Erheblich für die Rechtsfindung wird im Einzelfall sein, ob der Kunde Laie oder Fachmann, sachkundig oder unerfahren in dem fraglichen Geschäftszweig ist [59].

Die rechtliche Qualifikation von Rat, Empfehlung und Auskunft, die vor und zum Abschluß eines Vertrages in der dargelegten Weise erteilt werden, ist außerordentlich umstritten.

Nach der Ansicht des Reichsgerichts ist die Beratung, Empfehlung und Auskunft in derartigen Fällen nur als Nebenverpflichtung des Vertrags anzusehen, den die Beteiligten geschlossen haben. Entsprechend soll sich auch die Haftung für unrichtige oder mangelhafte Erteilung nach diesem Vertrag bestimmen [60]. Weiter will das Reichs-

[58] A. a. O. Exkurs zu § 349 Note 17.

[59] Vgl. Beispiel bei Staub a. a. O. Exkurs zu § 349 Note 17.

[60] Vgl. RG. Bd. 42, S. 131; JW. 03 S. 181/7; 1911, S. 908/14. Ferner Leipz. Zeitschr. 1908, S. 604, Nr. 1. — Aehnlich auch Wolff, S. 29; Feil, S. 96;

gericht nur dann haften lassen, wenn es auf Grund der Beratung, Empfehlung oder Auskunft zum Abschluß eines nachfolgenden Vertrages gekommen ist. Die Haftungsfrage für die Beratung des Kunden wird demnach von dem Abschluß des beabsichtigten Geschäfts abhängig gemacht. Alsdann hat das Reichsgericht eine derartige Beratung nur als Vorbereitungshandlung zu dem nachfolgenden Ausführungsgeschäft bezeichnet[61]. Bloße Vorbereitungen können doch aber nicht ohne weiteres zugleich Bestandteile des daraufhin geschlossenen Vertrages sein[62] und es ist unzutreffend, bei Unrichtigkeit oder Mangelhaftigkeit der Beratung usw. die sich daraus ergebenden Folgen als Nichterfüllung des Vertrages zu behandeln, obgleich der Vertrag im Zeitpunkt der Raterteilung noch garnicht geschlossen war[63]. Schließlich bleibt die Haftungsfrage unbeantwortet, wenn der Kunde auf die Auskunft hin das beabsichtigte Geschäft mit einem anderen abschließt oder wenn der Vertrag nicht geschlossen wird, weil der Bankier, Verkäufer u. dgl. in schuldhafter Weise von dem Geschäftsabschluß abgeraten hatte und dem Kunden dadurch nachweißlich ein erheblicher Schaden erwachsen ist[64].

So wenig diese Auffassung der wirklichen Rechtslage entspricht, können die anderen[65], auch nicht die neuerdings v. Gieschen aus dem

---

v Ziegler S. 2; Staudinger, § 676, 1 a; Planck, § 676 Z. 3; Staub: Exkurs zu § 349 Note 16 ff.

[61] Vgl. Hecht a. a. O. S. 32: „So verschiedenartig die Verträge (Raterteilung und nachfolgendes Geschäft) auch selbst sein können, allen ist aber gemein, daß der Verpflichtungsgrund in dem bereits bestehenden Vertragsverhältnis und nicht in der Erteilung des Rats zu suchen ist". Vgl. Alsberg S. 322.

[62] Vgl. dazu: Alsberg, S. 321 ff., Brand, S. 724, Gieschen S. 24.

[63] Desgleichen ist die Begründung von Leonhard S. 19 und S. 58 abzulehnen, der die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß herleitet. Auch er ist der Auffassung, daß erst daraus, daß ein Vertrag zustandekommt, die Parteien für ihr Verhalten in den Vorverhandlungen verpflichtet sein sollen. Gegen ihn Stoll, Leipz. Ztschr. 23 S. 540, v. Tuhr II, S. 489 Note 194 und Katzenstein, S. 23 ff.

[64] Rießer-Rehm geben zu, daß diese Folgen sich aus der Auffassung des RG. ergeben. Sie meinen aber, daß die Folgen nicht gegen die Auffassung des Reichsgerichts sprächen. Es wäre vielmehr durchaus ungerechtfertigt, den Bankier schlechthin deshalb haften zu lassen, weil er in bestem Glauben von einem tatsächlich vorteilhaften Geschäft abgeraten hätte. Ebensowenig sei es gerechtfertigt, die Haftung in dem Fall zu verlangen, daß der Kunde das Geschäft mit einem anderen abschließt. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Dagegen auch mit Recht Gieschen S. 25, der diese Ansicht als der Billigkeit zuwiderlaufend bezeichnet.

[65] Alsberg und Brand erblicken in dem Erteilen des Rats seitens des Bankiers und in dem Hinnehmen der Ratschläge seitens des Kunden ein auftragsähnliches Vertragsverhältnis. Vgl. Alsberg S. 356 und Brand S. 724 ff. Dieser Meinung haben sich auch andere angeschlossen, so z. B. Katzenstein

Gesichtspunkt der Lehre von der culpa in contrahendo entwickelte Meinung als zutreffend angesehen werden[66]. Es ist richtig, daß, wie v. Tuhr[67] eingehend dargelegt hat — auf den auch Gieschen seine Ausführungen im wesentlichen stützt, — schon während der Vertragsverhandlungen ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht und sich daraus eigenartige Wirkungen für die Beteiligten ergeben. So haben die Parteien die Pflicht, einander Aufklärung über Tatsachen zu geben, die für die Entschließung des Gegners von ausschlaggebender Bedeutung sind. Die Kontrahenten haben schon beim Vertragsschluß untereinander Rücksicht zu nehmen und das Unterlassen solcher Rücksichtnahme zu vertreten. Unverkennbar hat das Gesetz selbst einige Einzelfälle in dem Sinne entschieden, daß schon bei der bloßen Vorbereitung eines Vertragsschlusses jeder von beiden Teilen mit seiner Sorgfalt einzusetzen hat[68]. Nun fragt sich aber, ob über die gesetzlichen Einzelfälle hinaus eine Verallgemeinerung zulässig ist. Theorie und Praxis neigen dazu[69]. Allerdings beschränkt man sich meistens auf eine Art von Anzeigepflicht[70]. Nach Gieschen „liegt nun kein Grund vor, gerade die Pflicht zur richtigen Raterteilung nicht unter die durch das Schuldverhältnis der Verhandlungen geschlossenen Verpflichtungen zu zählen“[71]. Eine solche Ausdehnung des vorvertraglichen Pflichtenkreises geht aber zu weit. Wohl begründet das durch die Vertragsverhandlungen entstehende Rechtsverhältnis gewisse Pflichten unter den künftigen Vertragsparteien und schon in diesem

S. 26, Lindemann-Sörgel S. 711, § 676 Z. 2. Barth S. 287 erblickt in der Raterteilung vor Abschluß eines Vertrages entweder die Uebernahme eines Garantieversprechens oder die Annahme eines Gewohnheitsrechts. Vgl. auch Dernburg a. a. O. Bd. II S. 319 Anm. 8. Dagegen Schultheß a. a. O. S, 32,

[66] Gieschen a. a. O. S. 25 ff. Die Lehre von der culpa in contrahendo wird nunmehr anerkannt durch RG. Nr. 95, 58; 97, 339; 104, 267; 103, 47, 50, 157; 114, 159. Bisher war der Grundsatz noch nicht in vollem Maße durchgedrungen; vgl. auch LZ. 1914 Sp. 513. JW. 1917, 25; 1927, S. 1086; 1928 S. 1285 u. a. m. Aus der Literatur: Bernhard S. 58 ff. Heldrich S. 55 ff.

[67] Bd. II, 1, S. 486.

[68] §§ 122, 179, 307, 463, 523, 538, 600, 694 BGB.; im VVG. §§ 16—22; im BinnSchG. § 45.

[69] Das Reichsgericht spricht in Bd. 78 S. 239 von einem „vertragsähnlichen Rechtsverhältnis“ zwischen den Parteien. Noch weiter geht Stoll, den auch Gieschen mehrfach zitiert: nach ihm wird „durch das einseitige Rechtsgeschäft des Vertragsangebots oder der Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsbesprechungen ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien geschaffen, aus dem die verschiedenartigsten Pflichten, insbesondere Sorgfalts-, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten während der Verhandlungen vor Vertragsabschluß abzuleiten sind“. Vgl. JW. 28 S. 1285.

[70] So z. B. spricht das Reichsgericht in Bd. 97 S. 327 „von einer Rechtspflicht für den einen Teil, dem anderen die für ihn beim Vertragsschluß bedeutsamen Tatsachen kundzugeben.“

[71] Gieschen, S. 28.

Stadium kann nach Treu und Glauben sowie nach der Verkehrssitte verlangt werden, daß jede Partei auf die Interessen der anderen Rücksicht nehme. Dieser sich aus § 242 ergebende Grundsatz ist der Regulator für das gesamte Schuldrecht mit seinen vielen Typen, seinen zahlreichen Verzweigungen. Indes kann man allen juristischen Unebenheiten nicht allein mit der Formel von Treu und Glauben begegnen. Die vorvertragliche Aufklärungspflicht geht nicht so weit, daß der Gegner über alle für ihn wichtigen Umstände unaufgefordert aufgeklärt werden müßte [72]. Denn schließlich hat jeder im Verkehrsleben seine Interessen selbst zu wahren. Sieht man, daß der andere sich in einem erheblichen Irrtum befindet, so entspricht es der Anschauung des ehrlichen Geschäftsverkehrs, ihn in gewissem Maße aufzuklären. Wieweit diese Pflicht aber geht, kann im voraus nicht genau umschrieben werden, richtet sich vielmehr nach den Umständen, vor allem nach der Natur des einzugehenden Vertrags. Eine Pflicht zur Aufklärung in Form einer sachlichen Beratung, Empfehlung oder Auskunft über den Inhalt und die wirtschaftliche oder rechtliche Tragweite des abzuschließenden Geschäfts vorweg aufzustellen, wäre ein zu weitgehendes und undurchführbares Postulat. Vielmehr wird stets zu prüfen sein, ob nicht dem eigentlichen Vertrag ein anderer, vorbereitender, gleichsam als Vorstufe vorangegangen ist. Ist das zu bejahen, dann bestimmt sich die Haftung natürlich aus diesem vorangegangenen Vertrag.

Rat, Empfehlung und Auskunft, die vor und zum Abschluß eines Vertrages erteilt werden, sind mehr und etwas anderes als die Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht. Sie gehen über den Rahmen und das erforderliche Maß der Verpflichtungen aus dem vorvertraglichen Rechtsverhältnis erheblich hinaus. Der Bankier, der einem Kunden Rat über die Anschaffung von Wertpapieren erteilt, weiß, daß der Kunde in ihm seinen sachverständigen Vertrauensmann sieht und sich in seinen Entschließungen nach der gegebenen Auskunft und Empfehlung richtet. Der Kunde erwartet von dem Bankier, daß er seine Auskünfte und Empfehlungen sorgfältig und sachverständig erteilt und das empfohlene Papier nicht nur anbietet, um sich persönliche Vorteile zu verschaffen. Das schließt natürlich nicht aus, daß der Bankier mit der Beratung auch zugleich sein Interesse wahrzunehmen sucht. Das wird in den allermeisten Fällen sogar anzunehmen sein. Im Bankgewerbe ist es Verkehrssitte, daß der Bankier den Kunden berät, und in vielen anderen Handelszweigen wird es nicht anders sein. Dem Privatmann gehen häufig die Kenntnisse ab, die zur Beurteilung der Güte von Effekten, bestimmter Warensorten, Vermögenswerte und dergl. im allgemeinen und im einzelnen Fall erforderlich sind. Von dem Geschäftsmann wird vorausgesetzt, daß er sei-

[72] RG. Bd. 62, 147; 69, 15; 77, 314.

nen Geschäftszweig kennt; er gilt als Sachverständiger, der Kunde, wenn er nicht selbst Fachmann ist, als Laie. Ein Geschäftsinhaber, der die erbetene Beratung eines Kunden ablehnen wollte, würde sehr bald die sich daraus ergebenden Nachteile spüren. So verbinden sich die Interessen des ratgebenden Bankiers und Geschäftsmanns mit denen ihrer ratsuchenden Kunden. Erteilt der Bankier usw. aber einen solchen Rat, dann macht er die Interessenwahrnehmung des Kunden stillschweigend zum Inhalt seiner beratenden und empfehlenden Erklärungen. Er leistet damit dem Kunden einen Dienst [73], auf den dieser an sich — auch nicht aus dem beabsichtigten Erwerbsgeschäft — keinen Anspruch hat. Der Kunde, der um Beratung, Empfehlung oder Auskunft über ein beabsichtigtes Geschäft bittet, macht dem anderen einen Antrag auf Inanspruchnahme seiner Kenntnisse und Erfahrungen, und der andere — Bankier oder Geschäftsmann sonstiger Art — der daraufhin den erbetenen Rat erteilt, bringt zum Ausdruck, daß er dieses Anerbieten annehme und sich dem Kunden in der erbetenen Weise zur Verfügung stelle: Er läßt damit unzweideutig erkennen, daß er seine beratende Tätigkeit sachverständig und sorgfältig erfüllen werde. Eine solche Inanspruchnahme und Darbietung fachmännischer Kenntnisse und Erfahrungen ist aber rechtsgeschäftlicher Natur. Sie ist, wenn sie ohne einschränkenden Vorbehalt ausgeführt wird, genau so als selbständig verpflichtender Vertrag anzusehen wie ein Rat, eine Empfehlung oder Auskunft, die ohne Hinblick auf den Abschluß eines nachfolgenden Ausführungsgeschäfts erteilt werden. Der rechtliche Unterschied besteht nur darin, daß eine solche Beratung, Empfehlung oder Auskunft weder Dienst- oder Werkvertrag, sondern Auftrag ist [74], dessen rechtliche Beurteilung sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Schuld- und Vertragsrechts richtet. Dienst- oder Werkvertrag ist nicht anzunehmen, weil es an der Vergütung fehlt.

Wenn das Reichsgericht bei Beratungen vor und zum Abschluß eines Vertrags annimmt, daß die Raterteilung eine Nebenverpflichtung zu dem Erwerbsgeschäft darstellt, so muß diese Nebenleistung, die doch nicht aus dem Wesen des Erwerbsgeschäfts folgt, auf Parteivereinbarung beruhen. Der Unterschied unserer Auffassung besteht jedoch darin, daß diese „Nebenleistung" nicht Teil des Kaufvertrags usw. sein kann, sondern eine selbständig verpflichtende Leistung darstellt, weil das Erwerbsgeschäft zurzeit der Beratung noch garnicht geschlossen war, vielmehr in der Regel der Fälle erst je nach dem Ergebnis der Ratschläge geschlossen werden soll. Aehnlich ist es mit der Begründung der Haftung für vorvertragliche Beratung aus dem Gesichtspunkt der Lehre von der culpa in contrahendo. Wenn schon durch die Vertragsverhandlungen ein schuldrechtliches Verhältnis un-

[73] Ebenso das Reichsgericht i. Bd. 42, S. 131.

[74] Vgl. Brand, der in jeder Raterteilung ein „auftragsähnliches Rechtsverhältnis" erblickt, a. a. O. S. 724 ff.

ter den Parteien gegründet wird, auf Grund dessen nach dieser Auffassung sich die Schadenersatzpflicht für schuldhaft unrichtige oder mangelhafte Raterteilung, Empfehlung und Auskunft ergeben soll, so kann dies ebenfalls doch nur auf einer Willensbindung der Beteiligten beruhen. Indes sind wir der Meinung, daß diese Willensbindung sich nicht aus der allgemeinen Verpflichtung auf gegenseitige Rücksichtnahme nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und der damit verbundenen Aufklärungspflicht ergibt, sondern aus einer beiderseitig, wenn überwiegend auch stillschweigend, vereinbarten Erweiterung dieses „vorvertraglichen" Pflichtenkreises: Das bedeutet aber die Eingehung eines besonderen Vertragsverhältnisses, das zwar im Hinblick auf das beabsichtigte Erwerbsgeschäft als Vorbereitungshandlung anzusehen ist, wegen seiner eigenrechtlichen Natur aber über den Rahmen der Rechtspflichten im Stadium der Vorverhandlungen aus dem dargelegten Grunde hinausgeht. Nach alledem können Rat, Empfehlung und Auskunft, die vor und zum Abschluß eines anderen Vertrags erteilt werden, nur Gegenstand einer rechtlich selbständigen Leistungs- und Pflichtübernahme sein.

Dieselbe Sach- und Rechtslage kann sich ergeben, wenn die Initiative zur Beratung nicht von dem kauflustigen Kunden, sondern von dem fachmännisch geschulten oder erfahrenen Verkäufer ausgeht. Alsdann erhebt er sich selbst zum Vertrauensmann des Beratenen. Selbstverständlich ist hierbei vorausgesetzt, daß der Kunde das Erbieten zur Beratung angenommen hat. Es kommt auch hier auf die Lage des Falls an.

Ob die Beratung, Empfehlung oder Auskunfterteilung als haftungsbegründendes Rechtsverhältnis vor oder bei Abschluß eines Geschäfts anzusehen ist, dafür ist stets das beiderseitige Verhalten der Parteien unter Würdigung der Tatumstände maßgebend. Generell ist aber zu sagen, daß jeder Bankier, Kaufmann, Gewerbetreibende oder sonstige Sachkundige im Geschäftsleben, der seinen Kunden auf dessen Wunsch zum oder bei Abschluß eines Erwerbsgeschäfts fachmännisch berät, sich damit rechtlich besonders verpflichtet, wenn er seine Haftung nicht ausdrücklich ausschließt. Der Kunde verläßt sich auf die fachmännischen Ausführungen und wird sich in der Regel danach richten. Macht er keinen Gebrauch von den Ratschlägen, so ist das seine Sache. Jedenfalls ist dies für den rechtlichen Charakter einer solchen Beratung, Empfehlung und Auskunft gleichgültig. Beratende und empfehlende Erklärungen und Auskünfte, die über das gewöhnliche Maß der üblichen Anpreisungen im Handelsverkehr hinausgehen, sind geeignet und von ihrem Urheber auch dazu bestimmt, in dem anderen das Vertrauen ihrer Richtigkeit zu erwecken und ihn in seinen Entschließungen entsprechend zu beeinflussen. Sie sind — wie die gewöhnlichen Anpreisungen — ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung nach psychologische Beeinflussungsmittel und insofern nur auf rein

tatsächliche Wirkungen abgestellt. Wie schon oben näher ausgeführt, erfolgt eine solche Beratung ebenfalls in der Hauptsache nur aus privatwirtschaftlichen Gründen, nämlich der Kundenwerbung und Kundenerhaltung. Dennoch sind solche Erklärungen rechtlich anders zu beurteilen. Wer vor und zum Abschluß eines Geschäfts fachmännischen Rat erteilt oder sachkundige Auskunft gibt, der will zugleich den anderen unterrichten und aufklären und ihn dadurch in der Vorbereitung des beabsichtigten Geschäfts unterstützen. Eine solche Beratung kann auch nicht als bloße Gefälligkeit angesehen werden, sofern nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, daß sie unverbindlich sein sollte. Denn der Kunde, der in der ausdrücklich erklärten Absicht auf Abschluß eines Erwerbs- oder Veräußerungsgeschäfts zuvor um Beratung, Empfehlung oder Auskunft in dem dargelegten Sinn bittet, gibt damit dem anderen unzweideutig zu verstehen, daß dessen sachverständige Ausführungen für seine Entschließungen maßgebend sind, und der beratende Geschäftsmann, der die erbetene Empfehlung oder Auskunft vorbehaltlos erteilt, bringt damit zum Ausdruck, daß er diesen Antrag in diesem Sinne annimmt. Das Ersuchen um Beratung, Empfehlung oder Auskunft und ihre vorbehaltlose Erteilung enthalten die Darbietung einer besonderen, freiwillig übernommenen Leistung, die sich weder aus dem Charakter des beabsichtigten nachfolgenden Hauptvertrags ableiten läßt noch unter die vorvertragliche Aufklärungspflicht fällt. Gemäß § 305 BGB. ist nun aber zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Schuldverhältnisses grundsätzlich ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich. Infolgedessen kann eine Beratung, eine Empfehlung oder Auskunft, die vor und zum Abschluß eines nachfolgenden Geschäfts erteilt wird, nur als besondere vorvertragliche Vereinbarung angesehen werden. Der Geschäftsmann ist nicht verpflichtet, Auskünfte, die über den Rahmen seiner allgemein-rechtlichen Aufklärungspflicht hinausgehen, zu geben; gibt er sie aber, so übernimmt er eine besondere Verpflichtung. Zum Tatbestande des Vertrags gehören zwei Willenserklärungen, die inhaltlich übereinstimmen und unter den Parteien ausgetauscht werden. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, denn das beiderseitige Verhalten der Beteiligten ist das Indiz eines Vertragsschlusses.

Hiernach wird für Rat, Empfehlung oder Auskunft, die in der dargelegten Weise vor und zum Abschluß eines Vertrages erteilt werden, nach §§ 662, 276 bzw. 278 BGB. gehaftet. Der Grad und Umfang der Haftungspflicht ist demnach letzten Endes der gleiche wie bei den dargelegten Fällen der Beratung usw. gegen und ohne Entgelt, sodaß auf diese verwiesen werden kann.

Zweiter Teil.

Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft bei der Bürgschaft, beim Garantievertrag und beim Kreditauftrag.

Rat, Empfehlung und Auskunft können auch in Verbindung mit einer Bürgschaft, einem Garantievertrag und Kreditauftrag erteilt werden. Alsdann richtet sich die Haftung aber nach diesen Verträgen.

I. Die Bürgschaft ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, durch den sich der Bürge dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB.). Der Zweck der Bürgschaft ist demnach die Sicherung des Gläubigers bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

Rat, Empfehlung und Auskunft sind als Teil eines Bürgschaftsvertrags anzusehen, wenn z. B. der Ratgeber dem Empfänger empfiehlt, einem Dritten Kredit zu gewähren, und der Ratgeber mit dieser Empfehlung sich zugleich bereit erklärt, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Hier liegt ein einheitlicher Vertrag vor. Dabei ist es gleichgültig, ob der Ratgeber der Bürgschaftserklärung von sich aus oder erst auf Ansuchen des kreditgewährenden Empfehlungsempfängers abgegeben hat. Beides, Empfehlung und Bürgschaft, ist zur Stärkung der Kreditwürdigkeit des Empfohlenen und zur Erhöhung der Sicherheit des Empfehlungsempfängers bestimmt. Indes ist die doppelte Zugriffsmöglichkeit für den Geldgeber der Hauptzweck eines solchen Vertrages, weshalb die Empfehlung ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung nach der Bürgschaftserklärung untergeordnet ist. Demgemäß kommt es auf die Haftung aus Rat und Empfehlung nicht an, weil der eventl. mögliche Schaden schon kraft Bürgschaftsverpflichtung ersetzt werden muß. Hiernach ist als Bürgschaftsvertrag aber nur eine solche Erklärung anzusehen, aus der der Wille, die Bürgenhaftung zu übernehmen, unzweideutig hervorgeht. Es ist nicht erforderlich, daß der Erklärende ausdrücklich versprechen müßte, sich zu „verbürgen" oder für die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit „einzustehen"; es genügt vielmehr, wenn der Ratgeber dem Gläubiger gegenüber verspricht: er werde dafür sorgen, daß dieser sein Geld bekomme, oder er stehe dafür ein, daß der Gläubiger nichts verliere [75]. Außerdem wird vorausgesetzt,

[75] Vgl. RG. Bd. 31, S. 266 und Staudinger, Bd. II, 2 S. 1491.

daß diese Bürgschaftserklärung in schriftlicher Form erfolgt (§ 766 BGB.). Ist der Ratgeber Kaufmann, dann finden diese Formvorschriften gemäß § 350 HGB. keine Anwendung. Mithin kann der mündlich erteilte Rat eines Bankiers eine gültige Bürgschaftserklärung enthalten.

II. Ein Garantievertrag ist ein Vertrag, durch den jemand verspricht, ganz oder teilweise für die Gefahr einzustehen, die dem anderen Vertragspartner aus einer Unternehmung irgendwelcher Art erwächst[76]. Das Gesetz erwähnt das Garantieversprechen nicht. Es ist ein selbständiger, und zwar einseitig verpflichtender Vertrag, dessen Natur und Wirkungen sich nach seinem Inhalte und den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts bestimmen. Die Garantieübernahme kann mündlich oder schriftlich erteilt werden oder auch stillschweigend aus den Umständen sich ergeben. Als Garantie ist z. B. anzusehen eine Erklärung, für die Geschäftsschulden eines Dritten bis zur Höhe eines bestimmten Betrages Bürgschaft zu leisten[77]; ebenso auch das Einstehen für die genügende Sicherheit eines Wertpapiers u. dgl.[78]. Wendungen wie: „Ich komme für die Folgen auf"; — „ich garantiere"; — „ich stehe dafür ein" u. a. können genügen[79]. Hat jemand einen Rat erteilt und zugleich die Garantie für den Erfolg des empfohlenen Geschäfts übernommen, so haftet der Ratgeber für einen eventuellen Schaden, wenn das Geschäft fehlschlägt. Er haftet zwar kraft übernommener Nebenverpflichtung, aber die versprochene Garantie deckt auch den Schaden, der durch Verletzung der Sorgfaltspflicht entstanden ist, weil darüber hinausgehend und auch bei Nichtverschulden Platz greifend. Aus der Empfehlung würde er nur bei schuldhafter Verletzung seiner Sorgfaltspflicht haften; bei der Garantieübernahme ist er zum Schadensersatz verpflichtet, weil er versprochen hat, für den Erfolg des empfohlenen Geschäfts einzustehen. Der Umfang der Haftung richtet sich nach dem Vertragsinhalt. Ist ohne weitere Bestimmung schlechthin die Garantie übernommen, so ist im Zweifel Haftung für den ganzen aus dem Geschäft entstandenen Schaden anzunehmen.

III. Wie bei der Bürgschaft oder Garantieübernahme sind Rat, Empfehlung oder Auskunft, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Kreditauftrag erteilt werden, als dessen Bestandteil anzusehen. In diesen Fällen stellen die Beratung, Empfehlung oder Auskunft keine besondere, dem Hauptgeschäft vorausgehende, vertragliche

[76] Vgl. Enneccerus: a. a. O. § 417 Abschn. II.

[77] RG. i. Recht 1928 Nr. 1834.

[78] Z. B. Dividendengarantie, garantierter Gewinn bei Beteiligungen u. dgl. Vgl. Lindemann-Soergel, a. a. O. zu § 765 Note 5.

[79] Keine Garantieübernahme ist aber anzunehmen, wenn z. B. der Bankier, der als Einkaufskommissionär Effekten für den Kunden kaufen soll, gesagt hat, der Kunde brauche keine Angst zu haben, er könne an dem Papier nichts verlieren. Vgl. auch Staub a. a. O. Exkurs zu § 349 Note 20.

Verpflichtungsübernahme dar, sondern sind mit der Bürgschaft usw. als einheitliches Rechtsgeschäft zu beurteilen, weil der Ratgeber durch diese eine erweiterte Haftung zur Sicherung des Ratempfängers übernimmt und das Einstehenmüssen für die Richtigkeit der Empfehlung usw. nach dem Willen der Beteiligten von dem Sicherungsgeschäft umfaßt und bestimmt wird. Wer einen Rat erteilt oder eine Auskunft gibt und zugleich die Bürgschaft oder Garantie übernimmt oder dem Beratenen und Auskunftempfänger einen Auftrag erteilt, dem Empfohlenen Kredit zu gewähren, der bringt damit zum Ausdruck, daß er für die Richtigkeit seiner Empfehlung und Auskunft nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen bei schuldhafter Verletzung seiner Sorgfaltspflicht in und bei Abgabe seiner Erklärungen, sondern darüber hinaus dem Ratempfänger zu haften bereit ist, wenn das empfohlene Geschäft fehlschlägt. Das Verhältnis ist also das der Sicherung, und nicht wie z. B. bei einem nachfolgenden Erwerbsgeschäft, das der Ausführung. Rat, Empfehlung und Auskunft sind, wie Staub zutreffend bemerkt [80], in diesen Fällen nur die „Art und Form", in welcher der Kreditauftrag usw. erteilt werden.

Der Kreditauftrag ist ein Auftrag an einen anderen, im eigenen Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren oder ihm weiter zu kreditieren, z. B. eine bestehende Schuld zu stunden oder doch nicht einzutreiben. Der Auftraggeber haftet, wenn der Kredit auftragsgemäß ausgeführt ist, dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten gemäß § 778 BGB. wie ein Bürge. Demzufolge sind die Regeln über die Bürgschaft anzuwenden, soweit es sich um Inhalt und Umfang der Haftung handelt. Hiernach ist der Kreditauftrag ein aus Auftrag und Bürgschaft zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Es muß also zunächst ein Auftrag i. S. des § 662 oder § 675 BGB. vorliegen. Das bloße Ersuchen oder empfehlende Zureden, einem Dritten Kredit zu geben oder ihn weiter zu beliefern, kann ebensowenig als Kreditauftrag angesehen werden wie die bloße Ermächtigung, die die Erfüllung in das Belieben des Ersuchten stellen soll und die weder diesen noch den Ersuchenden bindet [81]. Es genügt nicht, daß jemand auf Anfrage oder ohne Anfrage einen Kreditsuchenden als kreditwürdig empfiehlt. Ein Kreditauftrag liegt immer vor, wenn der Empfehlende den anderen mit der Kreditgewährung im eigenen Namen und für eigene Rechnung beauftragt und dieser den Auftrag angenommen hat. Ist das der Fall, so haftet der Empfehlende als Bürge, weil er den Kreditauftrag erteilt hat. Dann ist es gleichgültig, ob die Empfehlung usw. an sich richtig war oder nicht und ob der Ratgeber einen Mangel wegen Verletzung seiner Sorgfaltspflicht bei der Raterteilung zu vertreten hat.

[80] A. a. O. Exkurs zu § 349 Note 22.

[81] Vgl. Komm. d. Reichsgerichtsräte zu § 778 Note 1.

Dritter Teil.

Rat, Empfehlung und Auskunft als außervertraglicher Haftungsgrund.

Ist die Erteilung eines Rats, einer Empfehlung oder Auskunft nicht als Vertrag anzusehen, so bestimmt sich eine etwaige Haftung für ihre Richtigkeit ausschließlich nach deliktischen Grundsätzen. Hiernach wird vorausgesetzt, daß jemand vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, — so gemäß § 823 Abs. I BGB. — oder schuldhaft gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, — so nach Maßgabe des § 823 Abs. II BGB. — oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zugefügt hat, wie § 826 BGB. lautet. Es ist bestritten, nach welchem der angeführten Rechtssätze bei schuldhaft unrichtiger Rat- und Auskunfterteilung gehaftet wird. Nach der herrschenden Meinung ist vorwiegender Haftungsgrund der § 826 BGB.[82]. Eine Haftung wegen fahrlässig falsch erteilten Rates außerhalb eines Vertragsverhältnisses wird deshalb fast einstimmig abgelehnt[83].

Durch die unrichtige Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft an sich kann ein Schaden nicht entstehen. Eine Schädigung kann sich vielmehr erst ergeben, wenn der Beratene dem falschen Rate folgend etwas unternommen oder unterlassen hat. Alsdann ist aber zu prüfen, ob das Handeln oder Unterlassen des Beratenen einzig und allein auf den Rat als die für seine Willensentschließung entscheidende Tatsache zurückzuführen ist oder ob der Beratene die Meinung des Ratgebers nur zur Bekräftigung seiner eigenen Ansicht ein-

---

[82] Vgl. Alsberg, S. 321; Brand S. 78; Brunswig S. 78; Planck § 676 Z. 4; Sefrin S. 19; Sontag S. 141; Staub, Exkurs zu 349 Note 7 und 13; Wolff S. 27; v. Zahnen S. 50.

[83] So z. B. Enneccerus a. a. O. S. 477. „Eine Ersatzpflicht ist nur begründet, wenn die unrichtige Raterteilung ein Delikt enthält, d. h. wenn der Rat, die Empfehlung oder Auskunft in Kenntnis der Unrichtigkeit mt schädigender Absicht erteilt ist oder ein strafrechtlicher Betrug vorliegt."

geholt hat. Für die Beurteilung der Frage, ob der Rat, die Empfehlung oder Auskunft für das Handeln oder Unterlassen des Beratenen kausal gewesen sind, ist demnach davon auszugehen, ob und inwieweit eine Kausalität zwischen Rat und entstandenem Schaden gegeben ist. Nach der herrschenden Lehre von der adäquaten Verursachung „darf ein ursächlicher Zusammenhang schon dann angenommen werden, wenn zwar die Möglichkeit einer anderen Entstehungsursache als das Verschulden gegeben wäre, jedoch nach den Erfahrungen des täglichen Lebens die Wahrscheinlichkeit in hohem Grade für das Bestehen eines solchen Zusammenhangs spricht und nur ungewöhnliche Umstände, auf deren Vorhandensein nichts hinweist, diesen Zusammenhang unterbrechen konnten“ [84]. Von besonderer Bedeutung kann dies bei Kreditauskünften werden, da nach den Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, daß man solche Auskünfte nur einholt, um sich vorher zu vergewissern und zu sichern und von der Empfehlung oder Auskunft die Entschließung über Kreditgewährung abhängig zu machen. Ob dies immer zutrifft, ist allerdings Tatfrage, wenn auch, wie gesagt, die Erfahrung dafür spricht. Außer der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs ist wie bei allen Schadensersatzansprüchen erforderlich, daß nicht andere Umstände dazwischengetreten sind, durch die die ursächliche Verbindung zwischen Raterteilung und entstandenem Schaden unterbrochen worden ist. So hat das Reichsgericht eine Haftung auch dann als gegeben erachtet, „wenn zu erwarten war, daß dem Ratgeber nicht unbekannt sein könne, daß ein Erfolg der angeratenen Spekulation nur zu erhoffen war beim Vorhandensein ausreichender Betriebsmittel“, deren Nichtvorhandensein im gegebenen Fall nach der Auffassung des Reichsgerichts der Ratgeber hätte erkennen müssen [85].

I. Eine Haftung aus § 823 Abs. I BGB. ist abzulehnen, weil eine widerrechtliche Verletzung der in dieser Bestimmung angeführten Lebens- und Rechtsgüter durch einen falschen Rat oder eine unrichtige Empfehlung oder Auskunft unmöglich ist [86]. Hat z. B. ein Arzt einem anderen schuldhaft falsch geraten, ein für seine Gesundheit vollständig ungeeignetes Heilbad aufzusuchen oder eine vollkommen ungeeignete Medizin zu nehmen, so ist für den Schaden nicht der falsche Rat kausal gewesen, sondern die eigene Tat des Geschädigten. Der im Schrifttum in letzter Zeit, besonders eingehend von Gieschen (a. a. O. S. 45),

[84] Vgl. RG. Bd. 6, S. 4; Bd. 22, S. 173; Bd. 72, S. 327; Bd. 81, S. 361.

[85] RG. i. Dtsch. Jur. Z. 1904 S. 65. Vgl. aber auch RG. i. Bankarchiv Bd. 14, S. 196, wonach der Kausalzusammenhang zu verneinen ist, wenn der Inhalt der Auskunft erkennen läßt, daß der Auskunftnehmer bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und Vorsicht anders hätte handeln müssen, als er getan hat.

[86] A. A. Ziegler a. a. O. S. 33, Kämpfer a. a. O. S. 37, Kosack a. a, O, S. 49, Hecht a. a. O. S. 56, Flierl a. a. O. S. 24 ff., teilweise auch Staudinger zu § 676 Anm. 1 b.

unternommene Versuch, eine Haftung aus Abschn. I § 823 BGB. mit Hilfe des § 830 BGB. abzuleiten, ist trotz aller scharfsinnigen Ausführungen abzulehnen. Den Ratgeber als Beteiligten im Sinne des § 830 BGB. anzusehen, beruht u. E. auf einer Verkennung des in dieser Bestimmung enthaltenen Leitgedankens der deliktischen Teilnahme im zivilrechtlichen Sinne. Sie setzt, wie schon Staudinger [87] und Hueck-Nipperdey [88] den Ausführungen Krückmanns [89] gegenüber entgegengehalten haben, ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit dem Täter voraus [90].

II. Ist hiernach eine Haftung aus dem ersten Absatz des § 823 BGB. wegen außervertraglich erteilten unrichtigen Rates zu verneinen, so ist sie aus dem zweiten Absatz aber sehr wohl möglich, wenn der Ratgeber gegen § 263 StGB. (Betrug) verstoßen hat [91]. Durch die betrügerische Empfehlung oder Beratung muß eine Vermögensdisposition und durch diese eine Vermögensschädigung erfolgt sein usw. Betrug und damit Verstoß gegen ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. II BGB. kann z. B. vorliegen, wenn der Auskunftgeber minderwertige oder völlig wertlose Effekten bewußt als ausgezeichnete Anlagewerte anpreist und sie dem Ratsuchenden verkauft. Auch bei Kreditauskünften ist krimineller Betrug möglich. Z. B. wenn der Gläubiger der empfohlenen Person durch Abgabe einer vorsätzlich falschen „guten" Auskunft den Auskunftnehmer zur Kreditgewährung veranlaßt und seine eigenen Forderungen auf Kosten des Auskunftnehmers in Sicherheit bringt [92].

III. Nach der herrschenden Lehre kommt bei außervertraglichem vorsätzlich falsch erteiltem Rat eine Haftung — außer dem Vorliegen

---

[87] zu § 830, 2, VI.

[88] A. a. O. S. 242 Note 23 a.

[89] Ueber die Haftung wegen unrichtigen Dienstzeugnisses i. d. Leipz. Zeitschr. 27 S. 78 ff. Auf K. und auf v. Liszt, Deliktsobligationen, stützt Giesen seine Ausführungen.

[90] v. Witzleben a. a. O. S. 39 ff. meint sogar, daß das Interesse an der Zuverlässigkeit von Ratschlägen und Empfehlungen als besonderes Persönlichkeitsrecht i. S. d. § 823 Abs. I BGB. anzusehen sei. Desgleichen nimmt Hückstädt a. a. O. S. 39 an, daß das Interesse, das man an richtiger Raterteilung hat, allein schon als berechtigte Forderung unter die sonstigen Rechte i. S. d. § 823 BGB. aufzunehmen sei. Auch diese Auffassung ist abzulehnen. Wie im Text oben, wenn auch mit meist anderen Begründungen, die herrschende Ansicht in der Literatur und das Reichsgericht. Vgl. die oben Note 80 und 81 angeführten Autoren sowie noch Oertmann § 823 Note 7 und besonders Bünger a. a. O. S. 46 unter Anlehnung an Planck (§ 676 Anm. 4).

[91] Ebenso Planck § 676 BGB. Anm. 4. Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 7, sowie Enneccerus a. a. O. § 344 II, 3.

[92] Ist der Ratgeber nicht Eigenhändler, sondern Kommissionär, so ist zur Begründung der Haftung für die betrügerische Raterteilung § 95 Z. 1 des Börsengesetzes vom 27. Mai 1908 heranzuziehen.

eines strafrechtlichen Betruges — nur aus § 826 BGB. in Frage[93]. Der Tatbestand des § 826 BGB. erfordert die Zufügung eines Schadens, die vorsätzlich und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt sein muß. Der zugefügte Schaden kann sich auf einzelne bestimmte Rechte oder auf beliebige andere Güter oder auch auf das Vermögen im allgemeinen beziehen. Ob der Schaden unmittelbar oder mittelbar zugefügt wird, ist gleichgültig, ebenso ob die Schadenszufügung durch positive Handlung oder durch Unterlassung erfolgt[94]. Hiernach genügt also die bloße Vermögensschädigung als solche, wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist. Der Vorsatz muß sich mithin auf die Verursachung des Schadens selbst beziehen. Nicht erforderlich ist jedoch, daß der Schaden beabsichtigt war, es genügt „das Wollen des Schadens", und dies ist ohne weiteres anzunehmen, wenn die Handlung im Bewußtsein ihrer schädigenden Wirkung vorgenommen ist[95]. Die Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, entscheidet sich nicht nach der subjektiven sittlichen Denkweise der Beteiligten, sondern nach der Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen. Die sittliche Beurteilung läßt sich nun nicht ohne Berücksichtigung der Verschiedenheiten durchführen, die unter den Menschen durch ihre Lebensstellung oder ihren Beruf entstehen. Entscheidend können aber nicht die Ansichten sein, die sich in einem engen Kreise über Fragen der Moral gebildet haben, vielmehr allein das, was nach allgemeiner Anschauung als ein Minimum sittlichen Verhaltens erwartet und verlangt wird. Ob ein Verhalten, d. h. ein Handeln sowohl wie ein Unterlassen, gegen die guten Sitten verstößt, ist mithin zugleich eine Rechtsfrage. Das Recht ist nicht losgelöst von den anderen Geistesbereichen zu betrachten und anzuwenden, sondern im Zusammenhang mit ihnen, vor allem mit den Geboten der Sittlichkeit. Denn obgleich es keine Kodifikation der Moral gibt und das Recht seinen selbständigen Wesenszweck in sich trägt, so bilden Recht und Sittlichkeit aber keinen ausschließlichen Gegensatz, sondern als in wechselseitiger engster Beziehung zueinander zu begreifen[96].

Diese aus § 826 BGB. abgeleiteten Grundsätze auf die Erteilung eines Rats, einer Auskunft oder Empfehlung angewendet, ist ein schadensersatzpflichtiges Verhalten anzunehmen, wenn der Ratgeber objektiv unrichtige Tatsachen mitgeteilt hat, ihm deren Unwahrheit bewußt war, sein Verhalten sittlich zu verwerfen ist und er das Bewußt-

---

[93] Vgl. RG. Bd. 90, S. 108; Bd. 133, S. 106, sowie i. Bankarch. 28, 67. Aus der neueren Literatur statt aller Diesel, JW. 33, S. 1815.

[94] Vgl. Enneccerus a. a. O. S. 656 ff. sowie RG. Bd. 79, S. 23; Bd. 90, S. 106; JW. 10, S. 18 u. Oertmann § 826, 2 b.

[95] So Enneccerus a. a. O. S. 656.

[96] Vgl. dazu Schmelzeisen: Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild, 1934 S. 35.

sein gehabt hat, daß seine Erklärungen einen schädigenden Erfolg haben werden oder haben können, falls er diesen möglichen Erfolg sich zu eigen gemacht oder für den Fall seines Eintritts gebilligt hat [97]. Mit Rücksicht auf die unheilvollen Folgen, die eine irreführende Auskunft oder Empfehlung haben kann, verpflichtet eine Auskunft, auch wenn sie nicht bewußt falsch war, zum Schadensersatz aus § 826 BGB., wenn sie leichtfertig erteilt worden ist und dies einen solchen Mangel an Gewissenhaftigkeit enthält, daß sie das Anstandsgefühl eines jeden rechtlich und billig denkenden Menschen, besonders eines auf Verläßlichkeit seines Standes haltenden Geschäftsmannes verletzen muß und deshalb gegen die guten Sitten verstößt [98]. Bei der Erteilung eines Rates, auch des außervertraglichen, handelt es sich um eine sittliche Pflicht, dem Ratsuchenden, dem einmal Auskunft erteilt wird, auch gewissenhaft und sorgsam zu dienen. Eine sittliche Pflicht aber, deren Verletzung Rechtsfolgen nach sich zieht, wird eben dadurch zur Rechtspflicht.

Eine Raterteilung, Empfehlung oder Auskunft verstößt gegen die guten Sitten, wenn der Auskunftgeber Erklärungen abgegeben hat, von deren Richtigkeit er selbst nicht überzeugt war; eine solche Raterteilung ist als arglistig anzusehen. „Zur Begründung des dolus ist nicht unbedingt erforderlich, daß das Bewußtsein des Empfehlenden dargetan werde, daß die gemachten Angaben mit der wahren Sachlage nicht übereinstimmen. Der Empfehlende, der zum Zweck der Empfehlung bestimmte Tatsachen über eine Person oder einen Gegenstand aussagt, erklärt, daß er sich von der Richtigkeit dieser Tatsachen überzeugt hat. Fahrlässig handelt, wer eine solche Erklärung abgibt, ohne die Grundlagen seiner Ueberzeugung gehörig geprüft zu haben. Arglist liegt vor, wenn die Erklärung subjektiv wahrheitswidrig ist, d. h. abgegeben wird, ohne daß dem Empfehlenden die Ueberzeugung von der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen innewohnt. Subjektive Wahrheitswidrigkeit ist auch dann vorhanden, wenn der Empfehlende Angaben in positiver Form macht, die an sich richtig oder unrichtig sein können, von deren Richtigkeit er aber nicht positiv überzeugt ist. Erweisen sich diese Angaben als unrichtig und ist durch dieselben eine Schädigung desjenigen herbeigeführt, dem die Auskunft erteilt ist, so ist die actio doli begründet" [99]. Das wird besonders gelten müssen, wenn es sich um eine Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines anderen oder um die Qualität einer Ware handelt. Selbstverständlich liegt Arglist stets vor, wenn die erteilte Auskunft auf freier Erfindung beruht [100]. Da ein Schaden durch ein Tun oder ein Unterlassen herbeigeführt werden kann, so kann sich der Ratgeber ersatz-

[97] Ebenso das Reichsgericht in Bd. 76, S. 380.
[98] Vgl. RG. i. JW. 1911 S. 584.
[99] RG. i. JW. 1891 S. 255 Nr. 29.
[100] Vgl. Staub zu § 349 Anm. 9.

pflichtig machen, wenn er Tatsachen und solche Umstände verschwiegen hat, die trotz seiner Kenntnis nach Lage der Sache von großem Interesse für den Auskunftnehmer sind und deren Mitteilung unter Berücksichtigung der sonstigen Angaben notwendig war, oder auch dann, wenn der Ratgeber einen Irrtum des Empfängers bemerkt, den er berichtigen konnte und der für die Entschlußfassung des Empfängers wichtig war. Alsdann ist vorsätzliches sittenwidriges Handeln des Ratgebers anzunehmen, wenn der Ratgeber dem Ratsuchenden nur über nebensächliche Punkte Auskunft gegeben, das Wesentliche aber verschwiegen und so wider besseres Wissen eine Tatsache unterdrückt hat, zu deren Mitteilung er verpflichtet gewesen wäre [101]. Voraussetzung ist bei alledem nur, daß der Ratgeber das Bewußtsein hatte, daß der auf mangelhafte Beratung gegründete Entschluß des Empfängers diesem schaden werde oder könne. Nun gibt es allerdings Fälle, bei denen das Verschweigen von Tatsachen und Umständen bei der Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft anders zu beurteilen ist, z. B. wenn es sich um eine Auskunft über die Kreditverhältnisse eines Kunden der Bank handelt. Es ist zu berücksichtigen, daß der Bankier einerseits der Vertraute seines Kunden und diesem gegenüber zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet ist, andererseits aber auch die Auskunftserteilung nicht ablehnen kann, weil er sich sagen muß, daß die Ablehnung einer Auskunft über seinen Kunden diesem selbst Schaden zufügt, und es im Geschäftsverkehr üblich ist, in einer abgelehnten Auskunft die denkbar schlechteste Auskunft zu erblicken [102].

In solchen Fällen hat die Bank die Auskunft so vorsichtig abzufassen, daß kein täuschendes Bild entsteht und der Empfänger die Zurückhaltung im Interesse der Kunden erkennen kann und muß. Die Bank braucht in ihrer Auskunft nicht mitzuteilen, daß sie dem Kunden Kredit nur gegen Sicherheit eingeräumt hat. Es ist davon auszugehen, daß die Bank keine Auskunftei und deshalb, „wenn sie um Auskunft über einen Kunden gebeten wird, auch nicht schlechthin zur Mitteilung aller ihr bekannten Verhältnisse dieses Kunden verpflichtet ist, die für den Anfrager von Bedeutung sein können [103]. Es müssen bei dem Anfrager die hauptsächlichsten Geschäftsgepflogenheiten der Banken als bekannt vorausgesetzt werden [104]. Die Bank kann mithin erwarten, daß der Anfrager die erteilte Auskunft auf ihren wahren Inhalt hin sorgfältig prüft und evtl. auch zwischen den Zeilen zu lesen versteht.

---

[101] RG. Bd. 23 S. 136.

[102] Vgl. Jacoby i. JW. 1933 S. 82 ff. und Diesel JW. 1933 S. 1815 ff. und Darmann a. a. O. S. 52.

[103] So RG. 139, 103.

[104] RG. in B.-A. 16, S. 93.

Lebenslauf.

Am 25. März 1907 wurde ich als Sohn des damaligen Leutnants Hubert Ernst Dulier und der Frau Tilla Dulier, geb. Francke, in Berlin geboren.

Ich besuchte das Wilhelmsgymnasium in Kassel, das Gymnasium in Guben und als Internatsschüler das Arndtgymnasium zu Berlin-Dahlem, wo ich Ostern 1926 die Reifeprüfung bestand.

Mein juristisches Studium begann ich mit dem Sommer-Semester 1927 in Berlin, wo ich bei folgenden Professoren hörte: L. Bernhard, Bruns, Heymann, Hoetzsch, Kipp, Kohlrausch, P. M. Meyer, Nußbaum, Rabel, Sombart, Stutz, Titze und Martin Wolff. Vom Sommer-Semester 1930 bis zum W. S. 30/31 studierte ich in Halle und hörte die Professoren: Bilfinger, Böhmer, Finger, Fleischmann, Hein, Jecht, Joerges, Kisch, Kitzinger, Ruth und Rudolf Schmidt.

Ich mußte damals mein Studium unterbrechen, konnte aber am 30. Juli 1934 die juristische Doktorprüfung ablegen.

Herrn Prof. Dr. Ruth danke ich für die freundlichen Anregungen zu der vorliegenden Arbeit. Die vielen Hinweise, die er mir gab, waren mir besonders wertvoll.